

Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler?



Universitetet i Oslo

Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 685

Leveringsfrist: 25.11.2011

Til sammen 15073 ord

24.11.2011

Innholdsfortegnelse

1.	Innledning	1
1.1	Presentasjon av problemstillingen	1
1.2	Terminologi	1
1.2.1	Konkurs/insolvens	1
1.3	Presentasjon av de objektive omstøtelsesregler	3
1.4	Formål og hensyn bak de objektive omstøtelsesregler	4
1.5	Avgrensning av avhandlingen	6
1.6	Den videre fremstilling	6
2.	Det nærmere innhold av et generelt tapsvilkår	7
2.1	Hva innebærer et tapsvilkår?	7
2.2	Tapsvilkår de lege ferenda	7
2.2.1	Vil debtors eventuelle insolvens kunne få betydning når tapsspørsmålet skal behandles i tilknytning til de objektive omstøtelsesregler?	8
2.2.2	Er det tilstrekkelig for omstøtelse at en enkelt kreditor påføres økonomisk tap?	9
3.	Forholdet mellom dekningsloven § 5-5 og et tapsvilkår	10
3.1	Innledning	10
3.1.1	Er det nødvendig å ta stilling til om det foreligger et tapsvilkår?	10
3.2	Typetilfeller i relasjon til dekn § 5-5	12
3.2.1	Falkangerutvalgets uttalelser i forhold til dekn § 5-5 første ledd	13
3.2.2	Betaling av gjeld foretatt før normal betalingstid	14
3.2.2.1	Vil boet lide et tap hvor betalingen er foretatt før normal betalingstid?	16
3.2.3	Betaling som betydelig har forringet debtors betalingsevne	19
3.2.3.1	Vil boet lide et tap hvor debitor betaler en kreditor ved å låne penger fra en annen?	20
3.2.3.2	Vil boet lide et tap hvor debitor benytter andre lånemuligheter enn trekk på kassakredittkontoen til å innfri en gjeldspost?	22
3.2.4	Betaling til en separatistberettiget kreditor	23

4.	Forholdet mellom dekningsloven § 5-6 og et tapsvilkår	26
4.1	Vil boet lide et tap hvor kreditor har satt seg i gjeld hos skyldneren for å kunne motregne?	27
5.	Forholdet mellom dekningsloven § 5-7 og et tapsvilkår	30
5.1	Vil boet lide et tap hvor et pantobjekt blir byttet med et annet?	31
5.2	Vil boet lide et tap hvor sikkerhetsstillelsen kommer av en gjenytelse fra kreditor?	35
6.	Avslutning	37
7.	Litteraturliste	38
7.1	Lover	38
7.2	Forarbeider	38
7.3	Dommer	38
	7.3.1 Underrettsdommer	38
7.4	Bøker	38
7.5	Artikler	38

1. Innledning.

1.1 Presentasjon av problemstillingen.

Oppgavens tema er konkurs og dermed privatrettslig. Det som vil bli drøftet er problemstillingen om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler i dekningsloven av 8. juni 1984 nr. 59 (heretter kalt deknl).

Problemstillingen vil derfor være om de objektive regler inneholder en såkalt tapsrekvisitt (heretter kalt tapsvilkår). Bakgrunnen for denne problemstillingen er fordi et tapsvilkår ikke direkte kan utledes av ordlyden i omstøtelsesreglene og forarbeidene forteller heller ingenting om spørsmålet. Rettspraksis har heller ikke tatt stilling til spørsmålet.

1.2 Terminologi.

Oppgaven reiser en del ord og uttrykk som innledningsvis bør forklares kort. Dette er uttrykk som går igjen ved konkursretten og forklaringen av disse gjør forhåpentligvis oppgaven mer forståelig.

1.2.1 Konkurs/insolvens.

Skal vedkommendes bo tas under konkursbehandling, er det et nødvendig vilkår at skyldneren er insolvent,¹ jf lov av 8. juni 1984 nr. 58 § 60 (Konkursloven, heretter kalt kkl). En legaldefinisjon av begrepet insolvens er gitt i kkl § 61. Insolvensdefinisjonen bygger på to hovedelementer. Etter bestemmelsens første punktum er det et vilkår for insolvens at skyldneren ikke lenger klarer å oppfylle sine forpliktelser etter hvert som de forfaller og forholdet ikke må antas å være forbigående. Dette kalles ofte vilkåret om betalingsudyktighet. Etter andre punktum gir bestemmelsen et unntak hvor insolvens likevel ikke foreligger når skyldnerens eiendeler og inntekter til sammen antas å kunne gi full dekning for skyldnerens forpliktelser, ofte kalt vilkåret om insuffisiens.² Dette gir også anvisning på et ytterligere vilkår hvor forpliktelsene til debitor må overstige summen av eiendeler og eventuelle forventede inntekter. Er begge vilkårene oppfylt, vil skyldneren normalt anses insolvent etter kkl § 61.

¹ Det er en forutsetning for å åpne konkurs at retten finner at skyldneren er insolvent, og retten må videre prøve om dette vilkåret er oppfylt, selv om skyldneren erkjenner insolvens eller ikke argumenterer mot en påstand om insolvens.

² Dette gjelder selv om oppfyllelsen av forpliktelsen vil bli forsinket på grunn av at debitor må selge eiendeler for å kunne innfri kravet.

Endelig må begjæring om konkurs fremsettes, enten av skyldneren selv eller en av hans kreditorer. Konkurs blir bare resultatet dersom noen ønsker det.³

Boet i konkursrettslig forstand innebærer en samlet betegnelse på alle kreditorer som har et utestående krav mot debitor ved en eventuell konkursbehandling. Huser (1992) s. 30 omtaler boet som alle kreditorer som kan gjøre krav gjeldende i boet. Boet kan også være summen av alt som tilhører den konkursrammede personen eller selskap. Eksempler er eiendom, formue, biler, antakeligvis også gjeld og eventuelle krav, f.eks. utestående lønninger. Ved denne besvarelsen vil den førstnevnte betydningen bli lagt til grunn for forståelsen av hva boet omfatter.

Omstøtelse er i lov av 8. juni 1984 nr. 59: Om fordringshavers dekningsrett (heretter kalt dekl) en omgjøring til fordel for boet av ellers bindende disposisjoner debitor har foretatt i tiden før konkursen. Det er en særlig gruppe regler som tilsidesetter disposisjonene som foretas før boåpningen og som har som formål å forhindre at skyldnerens formuesstilling blir forringet eller prioritering av enkelte kreditorer på bekostning av de øvrige. Reglene om omstøtelse gir dermed boet hjemmel til å tilbakeføre verdier som i utgangspunktet ikke tilhører debitor på beslagstiden.⁴

I den gamle Concursloven av 1863 fantes ikke uttrykket omstøtelse. Loven brukte den gang i forbindelse med de forskjellige omstøtelsesdisposisjoner i §§ 42- 46 om å ”søge tilbake” gjenstander. I bestemmelsene ble det snakket om ”tilbakeføring av gaver”, jf § 42 og om ”tilbakegivelse av betaling”, jf § 44.

De fleste reglene i dekningsloven er objektive, og bygger på et såkalt berikelsesprinsipp. Objektiviteten innebærer at det fokuseres på den annen parts stilling ved omstøtelsesspørsmålet, og det vil ofte ved objektiv omstøtelse være en forutsetning at den annen part har oppnådd en berikelse ved disposisjonen. Videre innebærer objektiviteten at omstøtelse kan skje uten hensyn til om den andre part var klar over disposisjonens karakter, altså om han var i god tro eller ikke. Dessuten er de fleste reglene utformet slik at omstøtelse kan skje uavhengig av skyldnerens økonomiske situasjon på disposisjonstidspunktet.

³ Skyldneren har ifølge kkl § 101 av og til plikt til å fremskaffe opplysninger og be om konkursåpning. Dette er fordi kreditorene ellers vil tape unødvendig mye penger. Dersom kreditorene ber om at skyldneren blir begjært konkurs, skyldes det mistanke om at han er insolvent. Gjennom konkursen håper kreditorene å få inn iallfall litt penger, og samtidig en ryddig fordeling av de midler som er igjen. Det er gjennom disse hensynene for beskyttelse av kreditor man finner omstøtelsesinstituttet.

⁴ Beslagstiden er tidspunktet for boåpning, jf dekl § 1-4.

Endelig slipper boet å føre bevis for at den andre part var i god tro, eller ikke. Den andre part kan ikke unngå omstøtelse ved å føre bevis for at skyldnerens økonomiske stilling ikke var svak eller ble alvorlig svekket som følge av disposisjonen. Objektiviteten innebærer dermed at bevistemaet blir mye enklere å forholde seg til.

1.3 Presentasjon av de objektive omstøtelsesregler.

I konkursretten og omstøtelseslæren operer vi med objektive og subjektive regler, hvor de fleste omstøtelsesregler i dekningsloven er objektive.

De objektive omstøtelsesreglene er en særlig gruppe regler innen kreditorbeslagsretten som benyttes overfor transaksjoner som forringer skyldnerens formuesstilling eller forfordeler fordringshaverne (heretter kalt kreditorene). Reglene gir dermed adgang til å omstøte visse angitte kategorier av disposisjoner som formodes å være kreditorskadelige.

Bestemmelsene i dekl §§ 5-2 – 5-8 er som tidligere nevnt objektive. En eventuell omstøtelse etter disse regler vil da ikke være betinget av at kreditor kjente eller burde ha kjent til debtors økonomiske problemer. Man kaller dette for at reglene er insolvensuavhengig.⁵ De objektive bestemmelsene stiller heller ikke opp noe vilkår om at skyldnerens økonomiske stilling var svak, eller ble alvorlig svekket ved disposisjonen. Dessuten trenger disposisjonen heller ikke være utilbørlig for å kunne omstøtes. En ordinærreservasjon har lovgiver derimot funnet plass til i dekl § 5-5 første ledd, som kun gjelder denne bestemmelsen.

De vesentligste omstøtelsesregler er nå samlet i dekningsloven kapittel 5.⁶ Dekningslovens omstøtelseskapittel er logisk og enkelt oppbygget. I § 5-1 finner man lovens virkeområde samt en del definisjoner av henholdsvis konkurs, tvangsakkord og offentlig skifte av insolvent dødsbo. Videre i kapittelets §§ 5-2 til 5-8 beskrives de objektive regler og de forskjellige disposisjonstyper.⁷ Endelig reguleres rettsvirkningene av objektive omstøtelse ved § 5-11.

Dekningslovens objektive omstøtelsesregler tar som nevnt ovenfor sikte på å ramme beskrevne kreditorskadelige disposisjoner, og de er dermed gitt en slik disposisjonsspesifik utforming. Dekl §§ 5-2 – 5-4 omhandler således gaver, § 5-5 rammer ekstraordinær betaling,

⁵ Jf, Huser (1992) s. 61 flg.

⁶ En særregel finnes i midlertidig i forsikringsavtaleloven § 16-2, som omhandler premiebetalinger til personforsikringer.

⁷ Huser (1992) s. 29 omtaler disse tilfellene av disposisjoner som vilkårene eller forutsetningene for omstøtelse.

§ 5-6 gir adgang til å omstøte motregning, § 5-7 hjemler omstøtelse av sikkerhetsstillelse av eldre gjeld og § 5-8 rammer de tilfeller hvor det er stiftet panterett hos skyldneren (debitor).

Omstøtelsesreglene bygger på to grunnprinsipper, likhetsprinsippet og eiendomsprinsippet. Likhetsprinsippet har sin bakgrunn fra en rettferdighetstanke som innebærer at de alminnelige kreditorer bør behandles likt, og at ingen kreditorer bør gis fordeler på de øvriges bekostning. De er dermed en beskyttelse for at alle kreditorene skal få dekket det de har krav på. Prinsippet skal også i hovedsak motivere lovgiver til å utforme omstøtelsesreglene og formålene i samsvar med prinsippet og samtidig være en preventiv funksjon til å motvirke kreditorbegunstigelser. Eiendomsprinsippet bygger på det syn at den insolvente debitor i realiteten driver for kreditorenes regning. Han burde da når han er insolvent ikke kunne gi bort gaver eller andre ensidige disposisjoner, fordi han da disponerer over midler som skal tjene til dekning for de krav kreditorene har mot han.

De objektive omstøtelsesregler kan videre grupperes i to hovedkategorier, boforringelser og kreditorbegunstigelser. Boforringelser vil si disposisjoner som medfører at debtors aktiva reduseres, eller at den allerede pådratte gjelden økes. Dette kan typisk skje ved disposisjoner som innebærer gave, jf dekl § 5-2 – 5-4. Kreditorbegunstigelser vil da på den andre siden være disposisjoner som på en eller en annen måte fører til en forfordeling av kreditorene. Sikkerhetsstillelse for eldre gjeld vil her kunne være et eksempel, jf dekl § 5-7. Dekl §§ 5-5, 5-6 og 5-8 er andre eksempler.

Selv om vi operer med to kategorier objektive omstøtelsesregler, kan det godt tenkes at en og samme disposisjon rammer en regel fra hver av kategoriene. En disposisjon kan både forringe boet og den kan samtidig begunstige en kreditor på de øvriges bekostning.

Endelig kommer omstøtelsesreglene i tillegg til fordringshavernes adgang til å påberope seg at disposisjonen er ugyldig, proforma eller mangler rettsvern etter dekningsloven § 5-11. Selv om omstøtelse gjerne er det siste alternativet når man ønsker å tilsidesette disposisjoner, blir det ofte likevel resultatet.

1.4 Formål og hensyn bak de objektive omstøtelsesregler.

I de tilfeller hvor en person er gjeldsfri, er det som hovedregel hans egen sak hvordan han disponerer sin formue. En person med gjeld må derimot ta hensyn til sine fordringshavere. Så lenge skyldneren er solvent, vil ikke hensynet til fordringshaverne være en stor begrensning av hans handlefrihet. Er han derimot insolvent vil dette stille seg annerledes, man

sier da at han både faktisk og rettslig bestyrer i realiteten over sine fordringshaveres anliggender.⁸

Omstøtelsesreglene kommer ofte som et resultat av de tilfeller hvor debitor og andre personer vil kunne foreta eller delta i disposisjoner som vil anses å være økonomisk skadelig for andre. Disse disposisjonene er gjerne foretatt på grunn av fristelser og press i den økonomiske situasjonen som gjerne kommer før åpningen av gjeldsforhandling. Formålene og hensynene bak de objektive omstøtelsesreglene skal være til hinder for at debitor foretar slike skadegjørende disposisjoner.

Formålene og hensynene bak de objektive omstøtelsesregler finnes i hovedsak i NOU 1972:20 gjeldsforhandling og konkurs s. 281 flg. Her kommer det frem at omstøtelsesreglene på samme måte som rettsvernsreglene har til hovedformål å beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner fra debitors side. Formålene skal blant annet beskytte kreditorene mot debitors vilkårlige prioritering av gjeldsposter. Videre har de objektive omstøtelsesreglene som formål å være enkel å praktisere, dette preger reglene.⁹

Hovedformålet innebærer å motvirke at konkursboet tømmes for aktiva forut for den formelle boåpning og motvirke at debitor bestemmer prioriteringen av kreditorenes dekning vilkårlig. Denne vilkårlige prioriteringen kan som tidligere nevnt enten foretas i form av boforringende disposisjoner, eller ved en forfordeling av fordringshaverne. Dette kan oftest forekomme ved disposisjoner som vil kunne berike debitor selv, hans nærstående, tidligere kreditorer, nye medkontrahenter eller tredjemenn som blir påvirket av transaksjonen.

Hensynene bak omstøtelsesreglene kan sies å ha både en gjenopprettende og en preventiv funksjon. Den gjenopprettende funksjonen skal sørge for at reglene gjør opp for den skade som kreditorfellesskapet har lidt ved den omstøtelige disposisjon, mens den preventive skal motvirke at det blir foretatt disposisjoner som kan komme i strid med lovens formål.¹⁰

I forhold til rettsvernsreglenes formål og hensyn som søker å forhindre svindel ved å stille et notoritetskrav og publisitetskrav til alle rettsstiftelser av en viss art, uten hensyn til om det

⁸ Jf, Rt 1993 s. 1399 (ytternesdommen), som handlet om et erstatningskrav mot et aksjeselskaps revisor reist av selskapets konkursbo på grunn av uriktig erklæring om innbetaling av aksjekapital, jf tidligere firmalov § 19 annet ledd bokstav e, nå foretaksregisterloven § 4-4 bokstav e. Her uttaler høyesterett at " Selskapet hadde i lengre tid vært uten aktiva og i realiteten vært drevet for kreditorenes regning".

⁹ Jf, Andenæs (1999) s. 217.

¹⁰ Jf, Huser (1992) s. 49.

konkret er noen grunn til mistanke, skal omstøtelsesreglene på den annen side ramme transaksjoner som anses å være illojale overfor kreditorene. Omstøtelsesreglene er videre spesielt knyttet til de disposisjoner som allerede har rettsvern, men et kreditorskadelig innhold.¹¹

Forarbeidene til dekningsloven peker på to forskjellige typer skadegjørende disposisjoner som i de fleste tilfeller strider mot lovens formål. Disse illojale disposisjoner er for det første gjerne gaver eller andre ensidig bebyrdende transaksjoner som foretas på et tidspunkt hvor debitor er insolvent eller hvor han står så svakt at han blir insolvent ved transaksjonen. Når en insolvent person gir gaver, er det som nevnt ovenfor reelt sett kreditorenes midler han disponerer over. Slike disposisjoner bør debitor normalt ikke ha anledning til å foreta. Den andre type skadegjørende disposisjoner som forarbeidene peker på, er de tilfeller hvor betaling av eller sikkerhetsstillelse for enkelte gjeldsposter er foretatt på et tidspunkt da debitor er insolvent. Forarbeidene peker på at slike disposisjoner innebærer en forfordeling av kreditorene og vil redusere kreditorenes muligheter til å få full dekning.

1.5 Avgresning av avhandlingen.

Besvarelsen vil bli avgrenset mot dekningsloven §§ 5-2 – 5-4, og 5-8. Det vil si at det som blir behandlet nedenfor er om boet må lide et tap for å kunne omstøte ekstraordinær betaling, jf dekl § 5-5, motregning, jf dekl § 5-6 og en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld, jf dekl § 5-7. Bakgrunnen for avgresningen er at de disposisjonene som blir foretatt etter de øvrige bestemmelsene er ensidige bestemmelser, som nesten alltid vil innebære et tap for boet. Vilkåret byr derfor i praksis sjelden på utfordringer.

1.6 Den videre fremstilling.

Besvarelsen på problemstillingen er delt opp i til sammen 6 punkter. Oppgaven vil ved pkt. 2 gjøre rede for om det er behov for å lovfeste et tapsvilkår og hva det eventuelt inneholder.

Videre vil tapsvilkåret bli vurdert i forhold til dekl §§ 5-5, 5-6 og 5-7 under pkt. 3,4 og 5, som også vil være hovedpunktene ved oppgaven. Pkt. 6 vil inneholde en kortere avslutning på oppgaven.

¹¹ Jf, Andenæs (1999) s. 216.

2. Det nærmere innhold av et generelt tapsvilkår.

2.1 Hva innebærer et tapsvilkår?

Problemstillingen i oppgaven er ut ifra avgrensningen om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter dekl § 5-5, 5-6 og 5-7. Før man tar stilling til om bestemmelsene legger til grunn et tapsvilkår, vil det kort gjøres rede for hva som menes med et tapsvilkår.

I 1990 ble det nedsatt et utvalg til etterkontroll av konkurslovgivningen, det såkalte Falkangerutvalget. Utvalget avga sin innstilling i NOU 1993:16 «Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v». Etter at innstillingen hadde vært på høring fremla Justisdepartementet i desember 1998 forslag til endringer i konkurslovgivningen (Ot.prp.nr. 26 (1998-99) Om lov og endringer i konkurs- og pantelovgivningen. Forslaget fra Justisdepartementet gikk ut på å innføre et annet ledd i dekl § 5-1 som skulle lyde: ”Omstøtelse kan bare skje hvor kreditorfellesskapet ellers ville blitt påført tap”.

Denne tilføyelsen ville føre til at omstøtelse på objektivt grunnlag ville være avhengig av at boet lider et tap som følge av debtors disposisjon. Omstøtelsen ville da være betinget av at hele boet må lide et tap ved disposisjonen, jf ”kreditorfellesskapet”. Departementet kom til at forslaget ikke burde følges opp, da det ville virke prosesskapende og spørsmålet sjeldent ville bli satt på spissen.

2.2 Tapsvilkår de lege ferenda.

Et tapsvilkår vil som nevnt ovenfor i hovedsak innebære at boet må lide et økonomisk tap for å kunne omstøte den disposisjonen som debitor har foretatt. Hvor mye boet eventuelt har tapt må i utgangspunktet være uten betydning for adgangen til å omstøte. Hva som ellers ligger i at boet må lide et tap ved disposisjonen, er noe uklart. Tapsspørsmålet vil stille seg forskjellige alt etter hvilken situasjon man befinner seg i, og det vil være vanskelig generelt å angi hvilke momenter som skal tillegges vekt ved den enkelte tapsvurdering.¹²

Vilkåret om at boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler, vil i praksis ikke få all verdens betydning for omstøtelsesadgangen. I de tilfeller hvor boet ønsker å omstøte, for eksempel en gavedisposisjon etter dekl § 5-2, vil det som oftest klart innebære et økonomisk tap for boet. Skulle debitor ved en nærstående konkurs gi bort verdier til nærstående, for eksempel en bil, vil dette utvilsomt redusere debtors aktiva og dermed

¹² Ot.prp.nr.26 (1998-1999)

kreditorenes mulighet til å få full dekning. I dette tilfellet vil boets tap utgjøre hele gavens verdi. Et annet eksempel kan være hvor det stilles sikkerhet for eldre gjeld, jf dekl § 5-7. Kreditorerne ville da lide et tap som tilsvarer differansen mellom sikkerheten og den summen de ville kunne fått som dividendefordring.¹³

Videre vil det ikke være hensiktsmessig for boet å omstøte disposisjoner som ikke fører til at de lider et tap. Det har for eksempel liten hensikt å omstøte en disposisjon hvor debitor har betalt gjeld med et beslagsfritt aktiva som regnes som et usedvanlig betalingsmiddel.¹⁴ Boet vil heller ikke etter omstøtelsen kunne ta dekning i slike aktiva.

2.2.1 Vil debtors eventuelle insolvens kunne få betydning når tapsspørsmålet skal behandles i tilknytning til de objektive omstøtelsesregler?

Gjeldende rett inneholder en del insolvensbetingende regler hvor det må tas hensyn til debtors økonomiske situasjoner på disposisjonstidspunktet. Vilkåret for omstøtelse etter dekl §§ 5-2 annet og tredje ledd, 5-3, 5-4, 5-5 annet ledd, 5-7 annet ledd og 5-8 annet ledd, er at det ikke bevises at skyldneren fortsatt var utvilsomt solvent da betalingen skjedde. For boets del innebærer dette en betydelig lettere omstøtelsesadgang, da bevisbyrden ikke ligger hos dem, men plasseres hos den part som mottar betalingen. Det er dette som kalles omvendt bevisbyrde for solvens.

Hovedregelen er på tross av de insolvensbetingende regler at omstøtelse på objektivt grunnlag kan skje uavhengig av debtors eventuelle insolvens på disposisjonstidspunktet.¹⁵ I forhold til om et tapsvilkår ligger til grunn i de objektive regler, kan man se om debtors eventuelle insolvens påvirker boets mulighet for å få dekket sitt krav. Det må kunne legges til grunn at boet som hovedregel ikke vil lide noe tap ved disposisjonen hvis debitor fortsatt er solvent i ettertid. Begrunnelsen for dette er at det fortsatt er midler igjen i debtors aktiva til å innfri kreditorenes krav. Det som imidlertid kan hevdes mot dette er at betalingen vil kunne anses å trekke midler ut av debtors aktiva, slik at det blir mindre igjen til å dekke de øvrige kreditorer. Det kan tenkes at boet ikke får full dekning på grunn av den tidligere betalingen og

¹³ Med dividende menes fordringer som har krav på en forholdsmessig dekning (dividende) etter sin prioritet i skyldnerens bo, jf Andenæs (1999) s. 313.

¹⁴ Jf, Johansen (1996) LOR.1996.233

¹⁵ Unntakene er som tidligere nevnt den utvidede omstøtelsesfrist mellom nærstående, jf dekl § 5-2 annet ledd og tredje ledd, § 5-5 annet ledd, § 5-7 annet ledd og § 5-8 annet ledd. Her oppstilles det regler om omvendt bevisbyrde for solvens. Medkontrahenten kan i disse tilfellene avskjære boets omstøtelseskrav ved at han fører bevis for at debitor fortsatt var "utvilsomt solvent" på disposisjonstidspunktet.

dermed lider et tap. Dessuten kan en slik disposisjon påvirke sannsynligheten for at debitor senere blir insolvent.

Det vil derfor utvirke urimelig når Myhre (1992) s. 90 konkluderer med slike solvenstilfeller må holdes utenfor tapsvilkårets ramme.

2.2.2 Er det tilstrekkelig for omstøtelse at en enkelt kreditor påføres økonomisk tap?

Spørsmålet som drøftes i det følgende er om hele boet må lide et tap ved disposisjonen, eller er tapsvilkåret oppfylt hvor en enkelt kreditor påføres tap.

Falkangerutvalgets forslag til nytt første ledd i dekl § 5-1 som nevnt under pkt. 2.1 presiserer at omstøtelse bare kan skje til fordel for ”kreditorfellesskapet”. Det er ut ifra ordlyden ikke tilstrekkelig at en eller enkelte kreditorer påføres tap som følge av disposisjonen. Skal boet kunne omstøte disposisjonen må hele boet eller kreditorfellesskapet som utvalget velger å kalle det, lide et økonomisk tap. Bakgrunnen for denne utformingen av tapsvilkåret er at omstøtelsesreglene ikke skal være til fordel for enkelte kreditorer. Utformingen stemmer godt overens med formålene bak de objektive omstøtelsesregler som tilsier at reglene ikke skal være gjenstand for en forfordeling av kreditorene. Dette må også anses som å være et av de viktigste argumentene for å legge til grunn at boet må lide et tap for å omstøte etter de objektive omstøtelsesregler.

Falkangerutvalget mener videre at i de tilfeller hvor en enkelt kreditor blir utsatt for et økonomisk tap ved en disposisjon, bør dette tapet kunne dekkes gjennom et erstatningskrav mot den kreditor som har blitt begunstiget på bekostning av de(n) andre.¹⁶

Denne løsningen vil kunne anses for å være i samsvar med gjeldende rett, da konkursbo ikke har adgang til å kreve erstatning for særtap som den enkelte kreditor er blitt påført.¹⁷ Dette må den enkelte kreditor selv kreve.

¹⁶ Jf, NOU 1993:16 s. 122.

¹⁷ Se Johansen (1996) s. 240

3. Forholdet mellom dekningsloven § 5-5 og et tapsvilkår.

3.1 Innledning.

Den videre drøftelse vil ta stilling til om et tapsvilkår kan begrunnes i dekl § 5-5. De forskjellige typetilfeller som blir behandlet er de som uttrykkelig er nevnt som omstøtelsesverdige etter ordlyden i bestemmelsen og som oftest kan tenkes forekomme. For å ta stilling til tapsvilkåret vil lovteksten, de forskjellige formål og hensyn bak reglene og rettspraksis være rettskildefaktorer som er sentrale. Rettskildefaktorene vil bli behandlet i tilknytning til bestemmelsen, hvor hovedvekten av drøftelsen vil ligge hos de forskjellige typetilfeller.

Ved drøftelsen av typetilfellene vil omstøtelsesvilkårene i bestemmelsen bli benyttet i den hensikt å få frem at det sjelden vil by på store problemer å legge til grunn om boet vil lide et tap eller ikke. En redegjørelse for omstøtelsesvilkårene og om omstøtelse i det hele tatt kan skje i de forskjellige typetilfellene, vil derfor være nødvendig for å få full forståelse av tapsproblematikken.¹⁸

3.1.1 Er det nødvendig å ta stilling til om det foreligger et tapsvilkår?

Slik som det er nevnt ovenfor vil typetilfellene vise at boet som regel vil lide et tap ved de disposisjoner som er nevnt som omstøtelsesverdige etter dekningsloven kap. 5. Om et tapsvilkår da vil være nødvendig vil det her gjøres kort rede for.

Et tapsvilkår i de objektive omstøtelsesregler vil i første omgang virke veldig fornuftig. Ikke vil vilkåret bare komme godt ut gjennom formålene og hensynene bak reglene, men det vil også være uheldig om boet skal kunne omstøte hvor det ikke lider noe tap, da det vil kunne tjene på selve omstøtelsen.

Det er sikker rett at omstøtelse etter den subjektive omstøtelsesregel i dekl § 5-9 er betinget av at det foreligger et økonomisk tap. Dette kommer klart frem gjennom ordlyden i bestemmelsen. I forhold til de objektive regler stiller dette seg annerledes. I henhold til juridisk teori, tyder mye på at det ikke oppstilles noe krav om at boet må lide et tap for å kunne omstøte.¹⁹ Huser sier at ” Etter mitt skjønn er vårt regelverk for så vidt tilfredsstillende når det gjelder vilkårene for omstøtelse, at det ville kunne føre til utilsiktede virkninger hvis

¹⁸ Denne innledningen og bruken av rettskildefaktorer og omstøtelsesvilkår vil også ligge bak pkt. 4 og 5 som omhandler forholdet mellom dekl §§ 5-6 og 5-7 og et tapsvilkår.

¹⁹ Se Andenæs (1999) s. 217, Huser (1992) s. 124 og 322 flg. og Myhre (1992) s. 149.

man begynte å pirke i det finmaskede og kompliserte nettverket som etter hvert er bygget opp”.²⁰ Dette blir begrunnet med at et tapsvilkår i praksis ikke vil få noen stor betydning, da det som oftest hvor det er aktuelt å omstøte vil foreligge et økonomisk tap for boet. Videre blir det også hevdet at hvor det ikke foreligger tap, vil boet heller ikke være interessert i å omstøte fordi det ikke vil være noe å tjene på omstøtelsen.

Ved utformingen av de objektive omstøtelsesregler burde det legges vekt på at de skal være enkle å praktisere, da formålene tilsier at de skal være effektive. De burde da utformes slik at prosessen ikke inneholder vesentlige bevissspørsmål. Johansen hevder at dersom det ved innføringen av et generelt tapsvilkår vil det blant annet oppstå et spørsmål om hvilket tidspunkt som skal legges til grunn for tapsvurderingen (disposisjonstidspunktet eller tidspunktet for konkursåpningen), hvilke krav som skal stilles til årsakssammenheng og hvilken betydning debitor suffisiens skal tillegges.²¹ Dette er spørsmål som måtte besvares ved omstøtelsesoppgjøret hvis vi opererte med et tapsvilkår, og det ville innebære en unødvendig komplisering av gjeldende omstøtelsesregler. De retts tekniske hensyn trekker dermed i retning av at et tapsvilkår ikke bør legges til grunn ved de objektive regler.

Spørsmålet om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler ble reist i en sak inntatt i Rt. 1996 s. 1647. Saken gjaldt omstøtelse i konkurs, hvor spørsmålet omhandlet om vilkårene for objektiv omstøtelse etter dekl §§ 5-2 og 5-5 er oppfylt, og i tilfellet hva som skal betales tilbake etter § 5-11. Det ble hevdet at omstøtelse etter de objektive omstøtelsesregler er betinget av at disposisjonen medfører et tap for kreditorfellesskapet.²² Høyesterett uttaler derimot at det ikke får noen betydning om det skal stilles opp et tapsvilkår eller ikke, hvis det har skjedd en formuesforskyvning. Retten hevder at en eventuell formuesforskyvning innebærer et tap for boet, og det som burde vurderes er om boet faktisk har lidt et tap ved disposisjonen, og ikke om det er et vilkår.

Den videre drøftelse av besvarelsen vil på bakgrunn av det som er nevnt ovenfor ta stilling til om boet lider et tap ved de forskjellige typetilfeller etter dekl §§ 5-5.

²⁰ Huser (1992) s. 126

²¹ Johansen LOR (1996) s. 233 flg.

²² Se s. 1653.

3.2 Typetilfeller i relasjon til dekl § 5-5.

Dekningsloven § 5-5 omhandler omstøtelse av ekstraordinær betaling, hvor betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen²³ kan omstøtes, dersom betalingen er foretatt med usedvanlige betalingsmidler, før normal betalingstid eller med et beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne, forutsatt at betalingen etter forholdene allikevel ikke fremtrådte som ordinær, jf § 5-5 første ledd.²⁴

Spørsmålet om det kan utledes et tapsvilkår i dekl § 5-5 har størst betydning ved bestemmelsens første ledd, annet og tredje alternativ. Alternativene forteller at betaling av gjeld som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen, kan omsøtes hvis betalingen er foretatt før normal betalingstid eller betydelig har svekket skyldnerens betalingsevne.

I følge ordlyden i dekl § 5-5 er det vanskelig å legge til grunn et tapsvilkår. Bestemmelsen nevner ikke uttrykkelig som vilkår at boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler. Det er heller ikke lagt til grunn noe tapsvilkår i forarbeidene til dekningsloven eller rettspraksis. Ser man vilkåret opp imot omstøtelsesalternativene i § 5-5 første ledd, vil for eksempel en betaling foretatt før normal betalingstid inneholde få indikasjoner som tyder på at boet må lide et tap. Ordlyden i § 5-5 første ledd, andre alternativ oppstiller ingen reservasjon for de tilfeller hvor den normale betalingstid inntreffer før konkursen.²⁵ Likevel vil tilfellet ofte være slik at boet faktisk vil lide et tap hvor betalingen er foretatt før den ordinære betalingstid og debitor senere går konkurs.

Derimot er det hevdet at et ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”, jf § 5-5 første ledd tredje alternativ, legger til grunn at omstøtelsesalternativet inneholder et tapsvilkår.²⁶ I de fleste tilfeller hvor en betaling før en eventuell konkurs fører til at debtors evne til å betale blir betydelig redusert, vil resultatet bli at boet lider et økonomisk tap. De forskjellige typetilfellene i oppgaven vil vise at boet i de fleste tilfeller vil lide et tap hvor debitor i tiden forut for en konkurs foretar disposisjoner som rammes av dekl § 5-5.

²³ Fristdagen anses som den dagen hvor begjæring av konkurs, som ble tatt til følge kom inn til tingretten, jf dekl § 1-2

²⁴ Forarbeidene til dekningsloven inneholder ingen generell definisjon av uttrykket ”ordinær” betaling. Det blir likevel foretatt en presisering for hva reservasjonen innebærer for hvert enkelt omstøtelsesgrunnlag, og den bør ses i sammenheng med paragrafens formål, jf NOU-1972-20.

²⁵ Normal betalingstid i dekl § 5-5 første ledd, annet alternativ, tar sikte på å få frem at det er det ordinære forfalltidspunktet som er avgjørende.

²⁶ Jf, NOU 1993:16 s. 112 flg.

3.2.1 Falkangerutvalgets uttalelser i forhold til dekl § 5-5 første ledd.

Falkangerutvalgets etterkontroll av konkurslovgivningen legger til grunn at det er to bestemmelser i dekningsloven som uttrykkelig stiller opp et tapsvilkår.²⁷ Dette mener de gjelder dekl § 5-5 første ledd, tredje alternativ og dekl § 5-9. De uttaler i anledning § 5-5 første ledd tredje alternativ, at bestemmelsen forutsetter at boet lider et tap ved betalingen. De legger til grunn at et tapsvilkår må kunne utledes av et ”beløp som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne”. Dette illustrerer utvalget med forskjellige typer disposisjoner som rammes av dekl § 5-5 første ledd, og hvor det ser ut til at tapsvilkåret får den avgjørende vekt for om disposisjonen skal kunne omstøtes eller ikke.

Innførelsen av et annet ledd i dekl § 5-1 som sier at omstøtelse bare kan skje hvor kreditorfellesskapet ellers ville blitt påført tap, ville nok ha virket uheldig med hensyn til selve omstøtelsesprosessen. Ser man på forslaget fra Falkangerutvalget og hvordan de ville utformet tapsvilkåret, ville det innebære et tilleggsvilkår for de objektive reglene. Tilleggsvilkåret ville føre til et bevisspørsmål om boet faktisk ville ha lidt et tap og reglene ville da mest sannsynlig virket prosesskapende. Man måtte ved omstøtelsesprosessen kunne bevise at boet ville ha lidt et tap ved disposisjonen. Det må kunne hevdes at bevisspørsmålet i de fleste tilfeller ikke ville være vanskelig og tidkrevende å ta stilling til, da det som nevnt ovenfor er rimelig klart at boet i de tilfeller § 5-5 oppstiller vil lide et tap. Innføringen av et tapsvilkår burde da være lite hensiktsmessig. Dessuten ville et slikt tapsvilkår være uheldig i forhold til at reglene er utformet med tanke på at omstøtelsesprosessen skal være effektiv og reglene skal være enklest mulig å praktisere.²⁸

Likevel ønsker Falkangerutvalget å lovfeste et generelt tapsvilkår. De finner det urimelig at en disposisjon skal kunne omstøtes når den ikke har ført til at boet lider et tap, og viser her til at omstøtelsesreglene har som formål å beskytte de alminnelige kreditorer mot skadegjørende disposisjoner.²⁹ Utvalget må i sitt syn ha rett i dette etter omstøtelsesreglenes formål. I de tilfeller hvor omstøtelse skjer uten at boet har lidt et tap, vil bestemmelsene kunne strekke seg lengre enn hva reglenes formål skulle tilsi, og det ville kunne tenkes tilfeller hvor boet faktisk tjener på omstøtelsen. Utvalget hevder at den fordel boet oppnår kan til tider fremstå som en tilfeldig gevinst på en enkelte kreditors bekostning, og det beste ville være å lovfeste et generelt tapsvilkår for å avklare usikkerheten. At boet kan oppnå en fordel som kan fremstå

²⁷ Jf, NOU 1993:16 s. 122.

²⁸ Jf, Ot.prp.nr.50 (1980-1981)

²⁹ Jf, NOU 1972:20 s. 281

som en tilfeldig gevinst, bør utvalget støttes ved. Derimot er det lite vekt i at utvalgets forslag om å lovfeste et generelt tapsvilkår vil avklare en usikkerhet. Tvilen ville også kunne blitt avskaffet dersom utvalget hadde lagt til grunn at et slikt vilkår ikke foreligger etter gjeldende rett.

I anledning dekl § 5-9 sier Falkangerutvalget at den oppstiller tre alternative vilkår som alle forutsetter at boet har lidt et tap, og at et slikt vilkår må kunne innfortolkes i de øvrige objektive omstøtelsesregler. Selv om dekningslovens objektive omstøtelsesregler ikke stiller opp et uttrykkelig tapsvilkår, er utvalget enig at det sjelden vil oppstå tvist om et slikt vilkår må innfortolkes, da det i de fleste tilfeller er rimelig klart at boet har lidt et tap.

Ser man dekningslovens § 5-5 i forhold til den subjektive regel i dekl § 5-9 kommer det frem en klar forskjell når det gjelder eksistensen av et tapsvilkår. I § 5-9 taler man om omstøtelse av disposisjoner *til skade* for kreditorene, og det er sikker rett at omstøtelse etter denne bestemmelsen er betinget av at det foreligger økonomisk tap.³⁰ Den subjektive regel bygger på et ansvarsgrunnlag og et erstatningsmessig prinsipp, noe som ikke er tilfelle ved de objektive bestemmelser. Dekl § 5-9 forutsetter dermed et tapsvilkår. Hadde lovgiver ville operert med et tilsvarende vilkår for de objektive regler, ville man nok mest sannsynlig møtt på noe lignende formuleringer i de objektive omstøtelsesregler.

3.2.2 Betaling av gjeld foretatt før normal betalingstid.

Spørsmålet ved dette typetilfellet er om betaling av gjeld foretatt før normal betalingstid, jf dekl § 5-5 første ledd, annet alternativ forutsetter at boet har lidt et tap ved disposisjonen.

Betaling av gjeld før normal betalingstid er i praksis noe som forekommer ofte og som ikke bør virke mistenkelig overfor boet. Skulle debitor ved for eksempel et lån til banken, innfri siste betalingsbeløp før normal betalingstid, ville ikke dette føre til at banken tror debitor har betalingsproblemer, men snarere at han har midler til å betale og ønsker å avslutte forpliktelsen han har overfor banken. Dette kan f.eks tenkes hvor debitor har skaffet seg nye midler gjennom lotteri, og kun har igjen å betale kr 100.000 på boliglånet. Dette innfrir han så i sin helhet, på bakgrunn av hans ønske å bli ferdig med forpliktelsen.

³⁰ Jf, Rt.1933 s. 1265 (Ringdommen) Før dekningsloven ble til ga dommen uttrykk for subjektiv omstøtelse på ulovfestet grunnlag.

Skulle det likevel innenfor fristen på tre måneder vise seg at det hos debitor, kort tid etter innbetalingen åpnes konkursbehandling og den normale betalingstid³¹ kommer før konkursåpningen, vil situasjonen bli annerledes. Betalingen vil da kunne virke høyst mistenkelig.

Kan det bevises at debitor hadde tilstrekkelig midler til å innfri fordringen ved den normale betalingstid og at innfrielse av kravet da ville funnet sted, har alle parter oppfylt sine forpliktelser av avtalen, og det vil da være vanskelig å hevde at boet har lidt noe tap ved disposisjonen. Boet ville uansett oppnådd dekning for kravet de har hos skyldneren. Ser man dette i sammenheng med eksemplet ovenfor, vil ikke de øvrige kreditorer lide noe tap ved at debitor innfrir boliglånet før siste avdrag, hvis han likevel hadde midler nok til å innfri de andre kravene ved det normale forfall. Det er da klart at boet ikke vil ha lidt noe tap ved forhåndsbetalingen, da dette ikke vil være en skadegjørende disposisjon som omstøtelsesreglene tar sikte på å ramme.

I hvilke tilfeller kan det tenkes at debitor ønsker å innfri kravet før den normale betalingstid?

Det kan godt tenkes at debitor velger å innfri kravet før den normale betalingstid, selv om han *ikke* senere rammes av en åpning av konkursbehandling. Dette vil for det første være økonomisk lønnsomt for debitor, da det ved fordringen ofte løper renter. Desto tidligere debitor innfrir kravet, jo mindre renter vil han måtte betale ved for eksempel forbrukslånet. Slike lån har ofte svært høye rentesatser som normalt overstiger den tilsvarende renteinntekten av kapitalen hvis han ikke nedbetaler.

For det andre kan det være økonomisk fordelaktig for debitor å betale en gjeldspost før den normale betalingstid, hvor debitor har en 30 dagers betalingsfrist, men har 2 % kontantrabatt ved betaling innen 10 dager. En slik betaling vil fullt mulig kunne anses som ordinær etter dekl § 5-5 første ledd, og det vil vanskelig tenkes at boet vil lide noe tap ved at debitor betaler før fristen.

³¹ Uttrykket "betalingstid" i § 5-5 første ledd kan ha forskjellig betydning alt etter hvilken situasjon man befinner seg innenfor. Regelen i LOV 1939-02-17 nr 01: Lov om gjeldsbrev [gjeldsbrevlova] § 5 første ledd, får også anvendelse ved konkurs. Regelen er deklarasorisk og omhandler debtors betalingsrett. Det antas å være at debitor har rett til å betale "so snart han vil". Så lenge man befinner seg innenfor frigjørings tiden, og vi ser på retten til å betale isolert fra den senere konkurs, må gjeldsbrevlova § 5 første ledd kunne tolkes slik at debitor har anledning til å betale før den normale betalingstid.

For det tredje vil det for debitor være et ønske å kunne innfri kravet så tidlig som mulig. Han har gjerne flere kreditorer med hvert sitt krav, og ønsket om å bli kvitt disse kan godt begrunne hvorfor debitor velger å innfri en betaling før den normale betalingstid.

Endelig kan det tenkes at debitor ønsker å innfri tidligere, på grunn av hans ønske å frita en eventuelt nærstående for kausjonsansvar.

3.2.2.1 Vil boet lide et tap hvor betalingen er foretatt før normal betalingstid?

For å ta stilling til problemstillingen vil betalingens ekstraordinære preg, om debitor virkelig ville ha betalt om man ventet til den ordinære forfallsdag og berikelsesregelen i dekl § 5-11 være faktorer som tillegges betydning. Dette er fordi de tilfeller hvor betalingen er ordinær etter § 5-5 første ledd kan det hevdes at boet uansett anses for å ha lidt et tap. Et tapsvilkår vil derfor være lite aktuelt. Videre vil tapsspørsmålet og spørsmålet om debitor virkelig ville ha betalt om man ventet til den ordinære forfallsdag, være avhengig av om betalingen ville funnet sted.

Vil boet lide et tap hvor forhåndsbetalingen er ekstraordinær?

I følge forarbeidene til dekl § 5-5 skal ordinærreservasjonen kunne påberopes hvor det er praktiske eller økonomiske hensyn som har fått debitor til å betale på forhånd. Som eksempler på dette nevnes tilfeller hvor debitor betaler i god tid for å være sikret mot misligholdsbeføyelser fra kreditor, eller at betalingen skjer i forbindelse med gjeldskonvertering hvor det tidligere lånet fremstår som ugunstig for lånetakeren.³²

Som utgangspunkt må det kunne slås fast at jo større økonomiske problemer debitor har ved betalingstidspunktet, desto mer kritikkverdig er det at en uforfalt gjeldspost blir betalt.

Omvendt kan det tenkes at en disposisjon sjelden er illojal i forhold til kreditorene hvis debitor hverken er insolvent på disposisjonstiden eller blir insolvent som følge av disposisjonen. Har debitor benyttet sine siste midler til å innfri en fordring, bør det kunne konstateres rimelig greit at det økonomisk vil gå utover boet. Betalingen vil da måtte anses som ekstraordinær etter dekl § 5-5 første ledd.

Skal betalingen foretatt før normal betalingstid kunne anses å være ordinær ved et konkurstilfelle, må dette skyldes omstendigheter som allerede forelå ved stiftelsen av

³² Se NOU 1972:20 s. 291 flg.

forpliktelsen.³³ Bakgrunnen for at ordinærreservasjonen i § 5-5 første ledd har betydning for om boet må anses for å lide et tap, er fordi hvis betalingen er ordinær vil boet likevel kunne lide et tap gjennom betalingen, selv om den ikke kan omstøtes. I de tilfeller hvor betalingen anses for *ikke* å være ordinær etter § 5-5 første ledd, er det klart at boet vil lide et tap som følge av forhåndsbetalingen. Betydningen av å innfortolke eller lovfeste et vilkår om at boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler, vil dermed ikke ha noen særlig betydning i forhold til om betalingen er ekstraordinær. Boet vil i de fleste tilfeller lide et tap ved betalingen uansett om den anses for å være ordinær eller ikke.

Vil boet lide et tap om debitor virkelig ville ha betalt om man ventet til forfallsdagen?

Det vil alltid kunne reises tvil om debitor virkelig ville ha betalt om man ventet til det ordinære forfallstidspunkt. Denne usikkerheten burde tillegges noe vekt ved vurderingen av om boet må lide et tap for å kunne omstøte forhåndsbetalingen. I en situasjon hvor debitor merker at økonomien ikke går på skinner, og en eventuell konkurs er like rundt hjørnet, desto mer presset vil hans økonomi være og kreditors dekningsmuligheter vil dermed avta.³⁴

Utgangspunktet ved den videre drøftelse er at boet ikke vil lide noe tap ved forhåndsbetalingen, hvis kreditor kan bevise at debitor virkelig ville ha betalt til normal betalingstid.

Noe uheldig ved spørsmålet om debitor virkelig ville ha betalt til ordinært forfall, er de forskjellige bevissspørsmålene som oppstår. Ved et slikt tilfelle vil det ofte være to bevisstema. Det første temaet ville vært om konkursen kommer før ordinært forfall, og det andre om debitor virkelig ville ha betalt ved ordinært forfall. Om konkursen kommer før det ordinære forfall vet man allerede en del om, mens debtors betalingsutsikter vil være vanskeligere å bevise. Slike hypotetiske hendelsesforløp burde være holdt utenfor omstøtelsesoppgjøret, da de retts tekniske hensyn bak omstøtelsesreglene taler for at prosessen skal være enkel og effektiv. Et bevissspørsmål om debitor virkelig ville ha betalt vil da mest sannsynlig stride mot de generelle formål bak omstøtelsesreglene.

I de tilfeller hvor debitor ikke ville ha betalt til den normale betalingstid på grunn av svak økonomi, er det klart at forhåndsbetalingen ville medføre et tap for boet. Det er nettopp slike

³³ Gjelder dette for eksempel et låneopptak fra banken, vil stiftelsen være det tidspunkt hvor avtalen mellom banken og debitor ble til, jf Myhre (1992) s. 107

³⁴ Myhre (1992) s. 110, hvor han legger til grunn at en generell forhåndsbetaling ikke vil påføre kreditorene tap.

betalinger § 5-5 første ledd, annet alternativ tar sikte på å ramme. Dette reduserer betydningen av tapsvilkåret.

Hvis det likevel kan bevises at debitor ville betalt på tross av at bevisspørsmålet ville kunne stride mot formålene, kan man hevde at betalingen ikke medfører en forfordelig av enkelte kreditorer på de øvrige bekostning. Derimot kan forhåndsbetalingen føre til at debitor senere går konkurs. Dersom betalingen fører til en senere konkurs hos debitor, vil boet ha lidt et tap ved betalingen.

Kan berikelsesregelen i dekl § 5-11 påvirke problemstillingen om debitor virkelig ville betalt ved normal betalingstid?

Hovedregelen for rettsvirkningene er at dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjonen, jf dekl § 5-11 første ledd, første punktum. Utgangspunktet for den videre drøftelse er hvor kreditor anses for å være beriket ved betalingen, vil dette innebære et tap for de øvrige kreditorer.

Ved et omstøtelsesoppgjør etter dekl § 5-5 første ledd, annet alternativ, vil det som nevnt alltid være usikkert om debitor ville ha betalt på det senere tidspunkt. Ved vurderingen om kreditor skal anses for å være beriket etter berikelsesreglen i § 5-11, bør også et slikt hypotetisk hendelsesforløp ikke tas med i betraktningen.³⁵ Et eksempel som viser dette er hvor en kreditor får dekket sitt krav gjennom et usedvanlig betalingsmiddel. Han burde da i ettertid ikke kunne påberope at debitor hadde et kontantbeløp som i stedet kunne vært brukt til en uomstøtelig betaling.

I de tilfeller hvor det likevel bevises at debitor virkelig ville betalt om man ventet til forfallsdagen, kan det som tidligere hevdet kunne slås fast at kreditorene der og da ikke vil lide et tap, men at betalingen på lang sikt kan føre til at debitor går konkurs. Ved disse situasjoner vil kreditor uansett fått dekket sitt krav og kan dermed ikke anses som beriket gjennom betalingen. Berikelse burde tilsi at man får noe man ikke egentlig hadde krav på.

Hovedregelen burde da være at så lenge man likevel får dekning, foreligger heller ingen berikelse.³⁶ Et tapsvilkår er dermed lite aktuelt, da kreditor uansett ville fått dekket sitt krav

³⁵ Jf, Myhre (1992) s. 108.

³⁶ Jf, Myhre (1992) s. 108 og NOU-1972-20 Gjeldsforhandling og konkurs s. 297 flg.

og boet ikke vil anses å ha lidt noe tap ved disposisjonen. Innførelsen av et generelt tapsvilkår vil da være unødvendig, og dessuten kunne det virke kompliserende for omstøtelsesprosessen.

Omstøtelse og innføringen av et generelt tapsvilkår vil derimot i dette tilfellet stemme bra med tanke på hensiktene bak dekningsloven. Hovedformålet bak reglene er som nevnt ved pkt. 1.4 at de alminnelige kreditorer bør behandles likt, og at ingen bør gis fordeler på de øvriges bekostning. På denne bakgrunn skal omstøtelsesreglene motvirke at debtors vilkårlige prioriteringer bestemmer de enkelte kreditorenes dekning. I de tilfeller hvor debitor innfrir før den normale betalingstid, eller hvor kreditor blir beriket på grunn av forhåndsbetalingen, vil boet lide et tap som følge av at kreditorene ikke blir behandlet likt, da den enkelte kreditor vilkårlig blir prioritert på de øvriges bekostning.

Oppsummering og konklusjon:

I de tilfeller ved en nærstående konkurs hvor debitor velger å innfri en gjeldspost før den normale betalingstid, vil dette klart innebære et tap for boet. Hvis debitor etter betalingen utvilsomt fortsatt er solvent, vil det i midlertidig vanskelig kunne hevdes at boet lider et tap ved disposisjonen på det tidspunktet, men at en slik betaling senere kan føre til debtors insolvens, må være klart. Dette fører til at boet i de fleste situasjoner vil lide et tap ved betalingen, som igjen reduserer betydningen av tapsvilkåret. En lovfesting av et generelt tapsvilkår vil kunne forsvares gjennom formålene og hensynene bak omstøtelsesreglene, men samtidig stride mot dem, da tapsvilkåret vil virke prosesskapende for omstøtelsen. Spørsmålet om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler i dette tilfellet, er dermed lite aktuelt.

3.2.3 Betaling som betydelig har forringet debtors betalingsevne.

Som det første typetilfellet er også denne insolvensuavhengig. Dette medfører som tidligere nevnt at debtors insolvens på betalingstidspunktet ikke er noen betingelse for omstøtelse. Det vil i utgangspunktet si at i henhold til dekl § 5-5 første ledd, kan ikke betalingsmottakeren unngå omstøtelse bare ved å bevise at debitor fortsatt var solvent etter betalingen. Dessuten skal boet ved omstøtelsesoppgjøret slippe å føre bevis for insolvens og for at skyldneren var i ond tro da disposisjonen ble foretatt. Sett i forhold til den subjektive omstøtelsesregel innebærer dette en betydelig forenkling av bevis- og tolkingstemaet. Lovgiver har i midlertidig oppstilt et unntak fra dette i dekl § 5-5 annet ledd, som omhandler betaling foretatt til skyldnerens nærstående.

I forholdet til om en betaling kan omstøtes etter dekl § 5-5 første ledd, hvor det ikke er oppstilt noe unntak fra de tilfeller hvor det kan bevises at debitor fortsatt er utvilsomt solvent etter betalingen, vil debtors økonomiske situasjon på betalingstidspunktet få en større betydning og være mer relevant ved dette tilfellet enn for eksempel ved en betaling foretatt før normal betalingstid. Dette er på grunn av at ”betaling som betydelig har forringet debtors betalingsevne”, jf dekl § 5-5 første ledd tredje alternativ, knytter seg til betalingens virkning på debtors økonomiske situasjon.³⁷

Utgangspunktet ved en betaling som ”betydelig har forringet debtors betalingsevne”, er at det dreier seg om et stort beløp.³⁸ Det heter at beløpet må være et så betydelig at debtors betalingsevne blir forringet.³⁹ Det er ikke tilstrekkelig dersom betalingen ikke innebærer en forringelse av debtors betalingsevne, noe som kommer frem av ordlyden i lovteksten. Beløpets størrelse er altså normalt ikke avgjørende for omstøtelsesspørsmålet, da betalingsevnen er forskjellig.

3.2.3.1 Vil boet lide et tap hvor debitor betaler en kreditor ved å låne penger fra en annen?

Forholdet mellom en betaling som betydelig har forringet skyldnerens betalingsevne og et eventuelt tapsvilkår får mest betydning ved et såkalt kreditorskifte. Problemstillingen er ofte om det foreligger bruk av tilgjengelige midler når debitor betaler en kreditor ved å låne betalingsmidlene fra en annen.

Dersom en betaling av en utestående gjeldspost skjer via et låneopptak, for eksempel ved at det trekkes en sjekk på en kassakredittkonto som står i minus, blir det i realiteten en kreditor som skiftes ut med en annen (banken), noe som ikke burde skade de øvrige kreditorene. Skulle det innfortolkes et tapsvilkår i dekl § 5-5 første ledd, tredje alternativ, vil gjeldsbetalinger foretatt på denne måten ikke bli rammet av bestemmelsen. Hvis saldoen på kassakredittkontoen er positiv når debitor foretar trekket, må man anta at betalingen kan omstøtes, fordi den vil medføre et tap for boet. Hvis saldoen på kontoen er positiv er pengene midler som styrker debtors økonomi og som boet kunne ha benyttet seg av, hvis innfrielsen av gjeldsposten ikke hadde funnet sted.

³⁷ Når man skal ta stilling til om betalingen betydelig har forringet debtors betalingsevne, skal beløpets størrelse ses i forhold til skyldnerens ”omsetning og vanlig likviditet”, jf NOU 1972-20 s. 291. Det har vært ansett at grensen for betydelig forringelse av betalingsevnen kan ligge i intervallet 10-25 % reduksjon, jf RG 1993 s. 433.

³⁸ Dette mener også Huser (1992) s. 304.

³⁹ Se NOU 1972:20 s. 291.

I tilfeller hvor debitor gjennomfører et låneopptak slik som ovenfor, men det senere viser seg at midlene er sammenblandet med debitors øvrige midler og midlene blir benyttet til å innfri en gjeldspost, vil situasjonen tilspisse seg. Her vil debitor via låneopptaket pådra seg en større gjeld som klart vil være til skade for de øvrige kreditorer gjennom den etterfølgende omstøtelige betalingen. Hvis man da hevder at boet må lide et tap for å kunne omstøte denne betalingen, vil det medføre et ekstra vilkår i § 5-5 som må være oppfylt. Dette ville virke unødvendig, da det er klart at boet har lidt et tap i disse tilfeller.

Problemstillingen ved trekk på kassakredittkontoen ble særlig belyst ved dommen RG 1989 132 (Eidsivating) Lagmannsretten frifant her en kreditor (bilforretning) som 5 dager før konkursåpning ved bankgiro fikk en kontoinnbetaling på 50.000 kr, som skulle dekke en gammel gjeldspost. Beløpet ble betalt via debitors (entreprenørfirma) kassakredittkonto, som ved dette tidspunktet befant seg på den negative siden. Lagmannsretten uttalte i denne sammenheng at ” det overførte beløp i seg selv var så stort at det ville blitt rammet av regelen i dekl § 5-5 første ledd annet alternativ, dersom overføringen hadde skjedd til belastning for boets aktiva”. Ved denne overføringen av kr 50.000 ble kreditors samlede krav redusert deretter, mens bankens tilgodehavende øket med tilsvarende beløp. Boets aktiva ble ikke redusert med det oppgjør som fant sted mellom entreprenørfirmaet og bilforretningen, da det ble sett på som et kreditorskifte. Debitors betalingsevne ble heller ikke forringet av betalingen, og lagmannsretten fant dermed vilkårene for omstøtelse etter § 5-5 ikke oppfylt. Det virker som om kreditorene ved en betaling som reduserer debitors aktiva må påføres et økonomisk tap for å kunne omstøte.⁴⁰

Det man kan trekke ut ifra uttalelsene til lagmannsretten, er at de ikke uttrykkelig nevner det, men legger til grunn at boet må lide et tap ved disposisjonen, dermed et tapsvilkår. Retten uttaler ikke at boet må lide et tap ved disposisjonen som et vilkår for å kunne omstøte på objektivt grunnlag. Drøftelsen går for det meste ut på om debitors aktiva ble redusert ved betalingen, og at boet da som regler vil lide et tap. Retten finner at i de tilfeller hvor boet lider et tap, vil de også ha adgang til å omstøte betalingen.

⁴⁰ Dette var noe kreditor anførte for lagmannsretten, og bør således ses i sammenheng med lagmannsrettens uttalelser: Overføringen innebar i realiteten en bare et skifte på kreditorsiden, idet banken trådte inn som fordringshaver i stedet for kreditor og for samme beløp. Boets aktiva ble ikke påvirket av transaksjonen, og noen forfordeling til skade for kreditorfellesskapet har derfor ikke skjedd.

3.2.3.2 Vil boet lide et tap hvor debitor benytter andre lånemuligheter enn trekk på kassakredittkontoen til å innfri en gjeldspost?

Det må kunne konstateres rimelig klart at lånemuligheter som debitor har ikke kan inngå i de tilgjengelige aktiva. Derimot er et lån som debitor allerede har tatt opp og som er benyttet, for eksempel til kjøp av bolig, nye midler som kreditor kan ta sikkerhet i. Dette gjøres normalt gjennom en pant av boligens verdi.

Skulle tilfellet være at debitor benytter seg av lånebeløpet til betaling av gjeld, vil hans tilgjengelige midler reduseres, samtidig som debitor blir kvitt en utestående gjeldspost. Disposisjonen tar for seg to trinn da debitor får et lån og gjør midler tilgjengelig for seg, og deretter benytter disse til å betale en annen kreditor. I disse tilfellene vil det være sterke grunnlag for å hevde at boet ikke er lidt noe tap med betalingen. Dette forutsetter at lånebeløpets størrelse er lik størrelsen av den innfridde gjelden. Er debtors lånebeløp større enn hva gjelden er, vil det derimot være grunnlag for å hevde at boet vil lide et tap. Han sitter da igjen med et lån som er større enn hva den tidligere gjeld var. Det er dermed klart at betalingen medfører tap eller ikke.⁴¹

I de tilfeller hvor det kun er lånebeløpet som er brukt til å innfri gjeldsposten, vil det vanskelig tenkes at boet vil lide et tap ved betalingen.⁴² Betalingen burde da ikke betydelig ha forringet debtors betalingsevne, da han pådrar seg en ny kreditor eller øker gjelden hos en allerede eksisterende, men samtidig innfrir til en annen. Her vil det i realiteten som nevnt ovenfor dreie seg om et kreditorskifte, som i utgangspunktet ikke påfører boet økonomisk tap.⁴³

Det kan i midlertidig tenkes et annet tilfelle hvor debitor innfrir en usikret gjeldspost med det nye lånet slik som beskrevet ovenfor, men han benytter samtidig egne andre midler i tillegg. Dette kan for eksempel være kontanter debitor har liggende.⁴⁴ Sett at debitor har en usikret gjeldspost pålydende 500.000 kr. Lånebeløpet dekker kun kr 400.000 av gjelden, men debitor har 100.000 kr i kontanter som blir benyttet til å innfri posten. Her vil det også dreie seg om et kreditorskifte, men i tillegg reduseres debtors egne midler tilsvarende det han besitter i kontanter. Hvis debtors midler i tiden før en konkurs reduseres, vil det som hovedregel

⁴¹ Dette støtter også departementet ved Ot.prp.nr.26 (1998-1999) s. 153.

⁴² Dette forutsetter at lånebeløpet og gjelden er like stor.

⁴³ Med mindre den opprinnelige kreditor bare har en usikret dividenderett, mens den nye får en sikret rett.

⁴⁴ Her legger man til grunn at kontantene som debitor besitter ikke vil være gjenstand for beslagsfritt aktiva, jf dekl § 2-5.

innebære at boet vil lide et tap. For omstøtelsesadgangen etter § 5-5 første ledd, tredje alternativ, vil spørsmålet være om betalingen betydelig har forringet debitor betalingssevne.

Oppsummering og konklusjon:

Spørsmålet om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter dekl § 5-5 første ledd, tredje alternativ er mest aktuell ved et kreditorskifte. Dersom en betaling av en utestående gjeldspost skjer via et låneopptak, da gjerne ved at det trekkes på en kassakredittkonto, vil dette innebære at en kreditor byttes ut med en annen, og dermed ikke påfører boet noe økonomisk tap. I de tilfeller hvor debitor benytter lånebeløpet og andre egne midler, for eksempel kontanter som nevnt ovenfor, vil boet derimot lide et tap ved betalingen.

En ”betaling som betydelig har forringet debitors betalingssevne” jf dekl § 5-5 første ledd tredje alternativ, vil i de aller fleste tilfeller innebære et tap for boet, og ordlyden tilsier at det forutsettes et tap. Uten at bestemmelsen uttrykkelig oppstiller et tapsvilkår, legger den likevel til grunn at boet vil lide et tap. Dette skyldes at boet vil lide et tap hvis debitors betalingssevne blir betydelig svekket i tiden før konkurs.

Konklusjonen er at det ikke kan sies å gjelde noe spesielt tapsvilkår ved dekl § 5-5 første ledd, tredje alternativ, men at bestemmelsen likevel legger opp til at boet vil lide et tap.

3.2.4 Betaling til en separatistberettiget kreditor.

Separatistrett innebærer kort sagt at enkelte kreditorer har en særrett, for eksempel en pantesikkerhet til et bestemt formuesgode i konkursboet. Denne rettigheten står seg overfor andre kreditorer ved en konkurs, hvis man har et tilstrekkelig rettsvern etter dekl § 5-10.

Tapsspørsmålet er ved dette tilfellet om boet vil lide et tap hvor en enkelt kreditor får dekket sitt krav på grunn av hans panterett.

Problemstillingen kan best belyses ved et eksempel hvor kreditor får dekket hele sitt gjeldskrav som i utgangspunktet kan omsøtes etter dekl § 5-5, og hvor kreditor hadde en trygg pantesikkerhet⁴⁵ da innfrielsen fant sted. Betalingen fra debitor til kreditor innebærer at pantet som opprinnelig var av kreditors eiendom, blir frigjort og pantets verdi gjort

⁴⁵ Med trygg pantesikkerhet menes i dette tilfellet en sikkerhet som har fått rettsvern, og hvor pantets verdi er tilstrekkelig. Det vil si at kreditors pantesikkerhet bør være like mye verdt som det kravet den sikrer, jf dekl § 5-10

tilgjengelig for de øvrige kreditorer. I de tilfeller hvor debitor ikke innfrir kravet, vil kreditor likevel være sikret gjennom pantesikkerheten og oppnå full dekning.

Den videre drøftelse tar utgangspunkt i at det kan hevdes at boet ikke er blitt tilført noe tap gjennom transaksjonen, da kreditor med trygg pantesikkerhet uansett ville fått innfridd sitt krav. I forhold til dette typetilfellet vil svaret i utgangspunktet bli det samme om kreditor har en annen separatistrett enn pant, for eksempel tilbakeholdsrett i debtors formuesgoder, eller motregning.

Ved drøftelsen av omstøtelsesspørsmålet og om boet må lide noe tap for å omstøte betalingen til en separatistberettiget kreditor, vil det være naturlig å behandle tilfellet opp imot de forskjellige omstøtelsesvilkår i dekl § 5-5 første ledd.⁴⁶

Spørsmålet videre er dermed hvordan en betaling til separatistberettiget kreditor stiller seg i forhold til ”betaling som betydelig har forringet debtors betalingsevne”, jf dekl § 5-5 første ledd, tredje alternativ?

I forhold til dekl § 5-5 første ledd tredje alternativ, vil allerede ordlyden i bestemmelsen redusere betydningen av å oppstille noe tapsvilkår, da betaling til en separatistberettiget kreditor ikke ville ha ”forringet skyldneren betalingsevne”. Kreditor ville uansett fått innfridd sitt krav, og boet ville således ikke ha lidt noe tap ved disposisjonen. Som nevnt ovenfor vil pantet i de tilfeller hvor kreditor har pantesikkerhet frigjøres, og pantets fulle verdi gå tilbake til debtors aktiva. Pantet kan da brukes på nytt eller omgjøres i penger ved et salg.

Typetilfellet kan sammenlignes med en betaling foretatt før den normale betalingstid, som er nevnt ovenfor. Ville kreditor likevel få dekket sitt krav ved den ordinære betalingstid, vil ikke boet ha lidt noe tap ved disposisjonen.

Vil berikelsesregelen i dekl § 5-11 ved dette typetilfellet påvirke betydningen av tapsvilkåret?

Etter dekl § 5-11 er boets tilbakeføringskrav ved objektiv omstøtelse begrenset til å gjelde den berikelse den annen part har oppnådd ved disposisjonen. Et spørsmål som da kan stilles, er om boet i hele tatt vil se seg tjent med å omstøte betalingen. I tilfellet hvor en kreditor med trygg pantesikkerhet mottar betaling, vil pantet bli frigjort slik at det gjøres tilgjengelig for de øvrige kreditorer. Skulle betalingen være gjenstand for omstøtelse etter § 5-5, får kreditor

⁴⁶ Jf, Myhre (1992) s.93

likevel sitt krav dekket gjennom den tidligere bortfalte sikkerheten.⁴⁷ Er sikkerheten trygg etter dekl § 5-10, oppnår ikke boet økonomiske gevinster ved å omstøte betalingen, da omstøtelsen ikke vil gi kreditorene nye midler til disposisjon. Spørsmålet om å oppstille et tapsvilkår vil derfor være lite aktuelt, da boet hverken taper eller tjener noe ved å omstøte forholdet.

Problemstillingen vil kunne stille seg annerledes hvis pantesikkerheten ikke lenger kan bli tilbakeført til kreditor. Den kan for eksempel ha gått til grunne etter at kreditor fikk betaling, eller solgt videre. Kreditor har ved disse tilfellene ikke noen sikkerhet å ta seg dekket av og vil kun ha anledning til å melde et alminnelig dividendekrav i debtors konkurs. Boet vil her klart lide et tap og vil derfor være svært interessert i å omstøte betalingen.

Berikelsesregelen i dekl § 5-11 innebærer altså at boet ikke vil lide noe tap ved disposisjonen, så lenge kreditor hadde en betryggende separatistrett som dekket kravet fullt ut. Situasjonen hvor en pantesikret kreditor mottar betaling, vil boet normalt ikke anses som tapslidende dersom kreditors panterett ville gitt han full dekning for fordringen.

I forhold til om boet må lide et tap for å kunne omstøte betalinger til en separatistberettiget kreditor, vil det være uheldig om et slikt tapsvilkår skal gjelde ved dekl § 5-5. I de fleste tilfeller ved en slik betaling vil det være klart om boet har lidt et tap eller ikke. Hvis boet har lidt et tap vil et tapsvilkår strengt tatt ikke være nødvendig, og i de tilfeller hvor boet ikke lider noe tap, vil de som tidligere nevnt heller ikke se seg tjent med å omstøte.⁴⁸

Oppsummering og konklusjon:

Som det er forklart ovenfor vil en betaling fra debitor til kreditor innebære at pantet som opprinnelig var av kreditors eiendom, bli frigjort og pantets verdi gjort tilgjengelig for de øvrige kreditorer. Boet vil da ikke lide noe tap ved betalingen. I de tilfeller hvor debitor ikke hadde innfridd kravet, ville kreditor likevel være sikret gjennom den trygge pantesikkerheten og oppnådd full dekning. I disse tilfellene vil det være rimelig sikkert at boet ikke er påført noe tap gjennom transaksjonen, da kreditor med trygg pantesikkerhet uansett ville fått innfridd sitt krav mot debitor. Den kreditor som får innfridd sitt krav kan heller ikke anses for

⁴⁷ Se NOU 1972:20 s. 303. Dette uttales i forbindelse med § 5-13, hvor den andre part kan kreve kausjon eller sikkerhet stilt av tredjemann gjenopprettet ved en omstøtelse. At kreditor kan kreve sikkerhet som tilhører skyldneren tilbake i tilfelle omstøtelse, kommer frem av berikelsesregelen i dekl § 5-11.

⁴⁸ Dette synet deler også Myhre (1992) s. 100-101, og legger vekt på at kreditorfellesskapet ikke ville lidt noe tap ved disposisjonen.

å være beriket ved betalingen. Betalingen kan dermed ikke omstøtes etter dekl § 5-5, uavhengig av tapsvilkåret.

Hvis kreditors pantesikkerhet derimot ikke er trygg og debitor innfrir kravet, er det klart at boet har lidt et tap og at de ønsker å omstøte betalingen. Spørsmålet om kreditors sikkerhet er trygg, vil ikke by på noen bevisproblemer, slik at det er klart om boet vil ha lidt noe tap ved betaling til en separatistberettiget kreditor, eller ikke.

Konklusjonen er dermed at det vil være unødvendig å ta stilling til om boet må lide et tap for å kunne omstøte eller ikke, da det i de fleste tilfeller er klart om boet vil lide et tap.

4. Forholdet mellom dekningsloven § 5-6 og et tapsvilkår.

Dekningsloven § 5-6 første ledd gir adgang til å omstøte motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra en tredjeperson gjennom overdragelse eller utlegg, senere enn tre måneder før fristdagen. Med overdragelse menes i denne sammenheng både overdragelse til eie og overdragelse til pant.⁴⁹

Denne omstøtelsesretten er videre betinget av at motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring. En fordring som skyldneren erverver etter den annen erverver sin, vil ikke kunne være gjenstand for omstøtelse etter § 5-6. Det samme gjelder uten hensyn til tidspunktet for ervervelsen, dersom erververen på dette tidspunkt visste eller burde vite at skyldneren var insolvent og motregning under bobehandlingen ville være utelukket etter dekl § 8-1 annet ledd. I de tilfeller hvor det foreligger motregning direkte på skyldneren kan motregningen omstøtes når den er skjedd senere enn tre måneder før fristdagen, eller på et tidspunkt da fordringshaveren visste eller burde vite at skyldneren var insolvent, og motregning under bobehandlingen ville være utelukket etter § 8-1 annet ledd, jf § 5-6 annet ledd.

Ved omstøtelse av motregning på objektivt grunnlag finner man et skille mellom boets adgang til å omstøte motregning etter dekl kap. 5, og boets adgang til å motsette seg motregning etter dekl kap. 8.⁵⁰ Disse to problemstillingene har forskjellige anvendelsesområder, hvor anvendelsen kommer an på hvilket tidspunkt motregningen er foretatt. Det som er gjenstand for motregning etter dekl kap. 5 er de tilfeller hvor

⁴⁹ Jf, NOU 1972:20 s. 293

⁵⁰ Jf, Andenæs (1999) s. 259

motregningen er foretatt før boåpningen overfor skyldneren, mens dekl § 8 regulerer motregning som erklæres av fordringshaveren etter boåpningen.⁵¹

Videre ved omstøtelse av motregning på objektivt grunnlag, suppleres dekl § 5-6 av dekl § 5-5. Grunnlaget for omstøtelse etter dekl § 5-5 i denne sammenheng, er at motregningen sett i forhold til den måten motregningsdisposisjonen ble etablert på, må kunne likestilles med en omstøtelig ekstraordinær betaling etter § 5-5. Man kan derfor omstøte motregningen ved å se den som en betaling. Dette forutsetter selvfølgelig at motregningen enten er en betaling foretatt med usedvanlige betalingsmidler, er foretatt før normal betalingstid eller at motregningen innebærer en betydelig forringelse av skyldnerens betalingsevne. Man burde derfor i denne sammenheng kunne se § 5-5 som subsidiær i forhold til § 5-6. Det forstås med dette at i de tilfeller hvor motregningen ikke kan omstøtes etter § 5-6, for eksempel på grunn av at skyldneren ikke hadde en fordring da den annen ervervet sin, burde man likevel kunne omstøte ved å se det som en ekstraordinær betaling etter § 5-5, hvis vilkårene foreligger.

Dette stemmer for øvrig godt med ordlyden i dekl § 8-3, hvor det slås fast at motregning ikke kan skje under konkursen når fordringshaveren har satt seg i gjeld til skyldneren under slike forhold at gjeldsstiftelsen i forbindelse med motregningen må sidestilles med en omstøtelig betaling, jf § 5-5.

4.1 Vil boet lide et tap hvor kreditor har satt seg i gjeld hos skyldneren for å kunne motregne.

I henhold til ordlyden i dekl § 5-6 vil det vanskelig kunne utledes et tapsvilkår. På samme måte som dekl § 5-5 oppstiller ikke bestemmelsen et uttrykkelig vilkår om at boet må lide et tap for å kunne omstøte motregningen. Falkangerutvalget har heller ikke i sin etterkontroll av konkurslovgivningen uttalt noe om § 5-6 og et tapsvilkår.⁵² De fleste tilfeller hvor det er åpnet konkurs hos skyldneren, vil likevel en motregning fra kreditor klart påføre de øvrige kreditorene et økonomisk tap. Når et eventuelt tapsvilkår ikke kan utledes gjennom ordlyden i dekl § 5-6, vil det videre være naturlig å se om de disposisjoner som oftest forekommer ved motregning, forutsetter at boet har lidt et tap. Den videre drøftelse vil besvare dette.

De fleste tilfeller ved omstøtelse av motregning hvor tapsvilkåret kan få betydning, er først og fremst situasjonen hvor en kreditor har satt seg i gjeld til debitor for å kunne motregne. Dette

⁵¹ I RG 1989 s. 680 omstøter herredsretten i samsvar med saksøkers anførsler en motregning foretatt før konkursåpning under henvisning til dekl § 8-3. Dette må være feil lovanvendelse da § 8-3 ikke er noen omstøtelsesregel. Retten burde heller omstøte motregningen etter dekl § 5-5, da det dreide seg om et dekningskjøp som var omstøtelig.

⁵² NOU 1993:16 s. 112 flg.

skyldes at i de situasjoner hvor kreditor får en motregningsrett, vil han også oppnå en bedre prioritet ved konkursen. Dette kommer frem av ordlyden ”med dens fulle beløp” etter dekl § 8-1 første ledd, som gjelder under konkurs. Kreditor vil også være dividendeberettiget hvis motregningen ”kan meldes i boet”, jf § 8-1. Skulle kreditor på grunn av motregningen som forutsettes foretatt senere enn tre måneder før fristdagen oppnå en bedre prioritet, vil dette føre til en rettsstridig forfordeling av kreditorene. Han sikrer seg bedre prioritet og vil med det få dekket sitt krav på de øvrige kreditorenes bekostning. Det er da klart at boet vil lide et tap som følge av motregningen.

Spørsmålet videre er om boet vil lide et tap i de tilfeller hvor kreditor har satt seg i gjeld til debitor for å kunne motregne.

Hovedregelen er at motregning med en fordring på skyldneren som er ervervet fra tredjeperson ved overdragelse eller utlegg senere enn tre måneder før fristdagen, kan omstøtes i den utstrekning motregningen er skjedd med en fordring som skyldneren hadde da den annen ervervet sin fordring, jf dekl § 5-6 første ledd, første punktum. Videre kan en motregning med en fordring på skyldneren omstøtes når den er skjedd senere enn tre måneder før fristdagen, eller på et tidspunkt da fordringshaveren visste eller burde vite at skyldneren var insolvent, og motregning under bobehandlingen ville være utelukket etter § 8-1 annet ledd, jf dekl § 5-6 annet ledd første, punktum.

Hvis kreditor i tiden før en konkurs har satt seg i gjeld til debitor for å kunne motregne med den hensikt å få en bedre prioritering ved konkursbehandlingen, vil dette klart innebære en forfordeling av kreditorene da resten av boet vil lide et tap. Hvis vi ser motregningen i lys av at kreditor ønsker en bedre posisjon ved konkursen, vil tilfellet hvor kreditor har satt seg i gjeld hos debitor klart forutsette at boet har lidt et tap. Det kan vanskelig tenkes at en slik disposisjon ikke vil medføre tap for de øvrige kreditorer.

Den videre drøftelse legger til grunn at det før boåpningen er foretatt en motregning som fordringshaveren etter motregningsreglene er berettiget til overfor skyldneren. Dette vil være tilfellet hvor motregningsvilkårene foreligger overfor skyldneren før boåpningen. Det er klart at selv om kreditor er berettiget til dette i forhold til skyldneren, betyr det ikke at motregningen ikke kan omstøtes av boet etter dekl § 5-6.

Det typiske eksemplet som best illustrerer tilfellet hvor kreditor har satt seg i gjeld hos debitor, er hvor konkursskyldneren er et familieaksjeselskap som har lånt et beløp av senior,

og videre lånt ut et tilsvarende beløp til junior. En tid før selskapets konkurs erverver junior seniors fordring mot selskapet for ikke store summen, og benytter denne til motregning overfor sin egen gjeld til selskapet. Sett ifra seniors øyne vil det være lønnsomt å overdra sin fordring på selskapet hvis vederlaget overstiger det han kan forvente å få via dividende i selskapets bo. For junior vil det være lønnsomt å erverve fordringen hvis vederlaget er lavere enn fordringens pålydende. Den parten som ved konkursen ville lidt et økonomisk tap i tilfelle overdragelsen står seg, er boet. Selskapets fordring mot junior er klart en del av selskapets aktiva, og ville dermed utgjøre en del av bomassen hvis motregningen ikke hadde funnet sted. Det boet ville kunne fått som dividendekrav blir dermed totalt sett mindre, selv om en av dividendefordringene samtidig faller bort, da en kreditor får dekket sitt krav. I dette tilfellet må det klart kunne være mulig å konstatere at boet vil lide et økonomisk tap i tilfellet hvor kreditor har satt seg i gjeld hos debitor for å kunne motregne. Tapsvilkåret vil også her være lite nødvendig å ta stilling til, da det er klart at boet vil lide et tap gjennom motregningen.

Et annet eksempel som belyser tapsproblematikken er de tilfeller hvor kreditor har penger til gode på den senere konkursskyldneren, og i de siste tre månedene før fristdagen kjøper diverse varer av han til en redusert pris. Videre gjør kreditor opp debtors krav på kjøpesummen ved motregning med sin fordring. Hvis kreditor under normale forhold, det vil si hvor konkursåpning ikke ble tilfelle, ikke ville hatt noe interesse av varer av denne typen og han må antas å ha kjøpt varene utelukkende for på den måten å få dekket inn sin fordring på debitor, vil det vanskelig tenkes at denne transaksjonen ikke skulle være gjenstand for omstøtelse.⁵³ I de tilfeller hvor kreditor foretar motregningen for på den måten å få dekket inn sin fordring på debitor, vil den måtte kunne sies å være kreditorskadelig og føre til at boet lider et tap ved transaksjonen.

På en annen side vil det kunne tenkes at debtors krav kan være oppstått på en helt vanlig måte, uten at hensikten har vært å foreta noen motregning. Et kjøp fra debitor kan for eksempel ha vært en ordinær handel, som ville funnet sted uavhengig av debtors økonomiske situasjon. Her må i midlertidig kreditor kunne bevise at han ikke hadde som hensikt å kjøpe varene for å få en bedre prioritet ved konkursen og at handelen mellom partene var ordinær som ville funnet sted uansett. Her kan det hevdes at en omstøtelse ville virke urimelig, men boet har fortsatt lidt et tap som følge av kreditors kjøp og den påfølgende motregning.

⁵³ Dette eksemplet er også tatt opp i NOU 1972.20 s. 290 flg, hvor det virker som om adgangen til å omstøte slike transaksjoner avhenger av hensikten bak ervervet.

Ser man denne situasjonen opp imot dekn § 5-5 vil det være nærliggende å hevde at motregningen innebærer en betaling foretatt med usedvanlige betalingsmidler eller en form for en ren gjeldsbetaling. Uansett om gjeldsdekningen var den dominerende grunn til motregningen eller ikke, burde man kunne omstøte. Motregningen vil i henhold til § 5-5 omstøtes hvis den går under en av de tre alternative betalingsalternativer som dekn § 5-5 nevner.⁵⁴ Kreditor får ved dette tilfelle dekket et krav han normalt bare ville fått dividende av og det vil føre til en forfordeling av kreditorene, noe som igjen fører til at boet vil lide et tap.

Oppsummering og konklusjon:

En motregning mellom kreditor og debitor i tidsrommet tre måneder før fristdagen, vil innebære et tap for boet da motregningen resulterer i en forfordeling av kreditorene. Hvilken hensikt som ligger bak motregningen kan ikke få noen betydning, da boet uansett vil lide et tap. Vilkåret om at boet må lide et tap for å kunne omstøte, vil dermed ikke være nødvendig å ta stilling til. Innføringen av et slikt vilkår vil dessuten føre til at omstøtelsesprosessen blir mindre effektiv, da det som tidligere nevnt oppstår et bevissspørsmål. En lovfesting i dekn § 5-6 om at boet må lide et tap for å kunne omstøte, vil dermed få en mindre praktisk betydning.

5. Forholdet mellom dekningsloven § 5-7 og et tapsvilkår.

Dekningsloven § 5-7 omhandler omstøtelse av sikkerhetsstillelse for en eldre gjeldspost, hvor det ofte er sikkerhet i form av pantsettelse som preger tilfellene av omstøtelse etter denne bestemmelsen. En panterett er etter LOV-1980-02-08-2 (panteloven) § 1-1 første ledd ”en særrett til å søke dekning for et krav i ett eller flere bestemte formuesgoder”. Kravet vil være pantekravet, mens de bestemte formuesgodene refererer seg til selve pantet.

Pantsettelse eller annen sikkerhetsstillelse som skyldneren har foretatt senere enn tre måneder før fristdagen kan omstøtes, dersom pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, jf § 5-7 første ledd, bokstav a. Videre vil omstøtelse kunne være resultatet i de tilfeller hvor rettsvernet ikke ble ordnet uten unødig opphold, etter at gjelden ble pådratt, jf § 5-7 første ledd bokstav b.

Stiller debitor like før åpningen av bobehandlingen en sikkerhet for eldre gjeld, er utgangspunktet at dette innebærer en begunstigelse for den enkelte kreditor på de øvriges bekostning. Har kreditor fått orden i rettsvernet etter dekn § 5-10, vil han kunne påberope denne sikkerheten ved en senere anledning, uten at han behøver å delta i konkurransen om

⁵⁴ Dette forutsettes også uttrykkelig i NOU 1972:20 s. 292.

midlene i boet mellom de andre kreditorene. Sikkerheten vil likevel kunne omstøtes etter dekl § 5-7 dersom vilkårene for omstøtelse etter bestemmelsen er tilstede.

I henhold til ordlyden vil det også ved denne bestemmelsen være lite som tyder på at boet må lide et tap for å kunne omstøte en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld. Dekl § 5-7 sier ikke uttrykkelig at det gjelder et tapsvilkår ved omstøtelse av denne type disposisjoner.

Forarbeidene til dekl § 5-7 tar heller ikke stilling til om at boet må lide et tap for å omstøte. Det vil i midlertidig være klart at i de tilfeller hvor pantet eller sikkerheten er stilt for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, vil boet lide et tap, jf første ledd litra a.

Det samme gjelder hvis rettsvernet ikke ble brakt i orden uten unødig opphold etter at gjelden ble pådratt, jf første ledd litra b. I disse tilfellene vil den kreditor som har et utestående krav mot debitor få en bedre prioritet som følge av pantet, som igjen vil føre til at han får dekket sitt krav fullt ut. Dette blir da på de øvrige kreditorenes bekostning. Den videre drøftelse vil vise at boet i de fleste tilfeller ved omstøtelse etter dekl § 5-7, vil lide et tap, og et tapsvilkår burde derfor få en liten betydning for om boet kan omstøte eller ikke.

5.1 Vil boet lide et tap hvor et pantobjekt blir byttet med et annet.

I de tilfeller hvor en pant byttes mot et annet vil det i realiteten være et tilfelle av pant for eldre gjeld. Det nye pantet stilles for gjeld som skyldneren har pådratt seg før sikkerhetsretten ble avtalt, jf dekl § 5-7 første ledd litra a. I henhold til ordlyden vil den nye pantstillelsen kunne omstøtes etter dekl § 5-7, da den gir den enkelte kreditor en bedre rett på de øvrige bekostning og fører til at boet lider et økonomisk tap.

Ombytting kan først og fremst tenkes i de tilfeller hvor kreditor ønsker å endre det opprinnelige pantobjektet. Dette kan være tilfellet hvor debitor ønsker å øke lånet som tidligere er tatt opp, og det allerede eksisterende pantet ikke lenger trygt dekker kreditors krav. Kreditor vil da ha en pantesikkerhet med bedre prioritet overfor eventuelle andre kreditorer, men pantesikkerheten vil ikke gi full dekning.

Byttes det opprinnelige sikkerhetsobjektet innenfor omstøtelsesfristen ut med et annet pantobjekt, får man et spørsmål om ombyggingen kan omstøtes etter dekl § 5-7 og om boet må lide et tap for å kunne omstøte denne.

Hovedregelen ved ombytting av pant er at ombyttingen ikke rammes av omstøtelsesreglene. Da burde heller ikke et tapsvilkår være av interesse. Forutsetningene for at ombyttingen skal kunne rammes av reglene er at det nye pantet etableres senest samtidig med at det gamle frigis og at den nye sikkerheten ikke er bedre enn hva den gamle var. Dette fører til at omstøtelse vil kunne skje i de tilfeller hvor den eldre pantsikkerheten var omstøtelig eller ugyldig stiftet.

Skulle kreditor gjennom ombyttingen få en bedre sikkerhet, kan omstøtelse etter § 5-7 skje for det overskytende.⁵⁵ Dommen i Rt. 1899 s. 817 anses som et prejudikat på denne ombyttingsregelen.⁵⁶ Situasjonen i dommen var et kullkompani som deponerte to konnossementer som sikkerhet for et banklån. Disse ble senere byttet ut med noen nye konnossementer og nøkkelpant i kullageret. Høyesterett sluttet seg til byretten som fant at kkl. 1863 § 45 ikke var anvendelig.⁵⁷ Dette begrunnet retten med at banken ikke hadde oppnådd noen bedre sikkerhet gjennom ombyttingen og det ville da være mindre riktig å betrakte denne pantsettelsen isolert, og se bort fra dens sammenheng med den tidligere pantsettelsen. Bestemmelsen i § 45 hadde som formål å ramme de ensidige kreditorbegunstigelser, ikke de tilfeller hvor panthaveren oppga det eldre pantet ved ombyttingen. Senere har dommen blitt fulgt opp av RG 1971 s. 402 (Eidsivating)

Som tidligere nevnt gir ordlyden i § 5-7 gir ingen holdepunkter med hensyn til hvordan man besvarer spørsmålet om ombyttingen kan anses tapslidende for boets del. Det som må vurderes i hvert enkelt tilfelle er avtalen mellom kreditor og debitor.⁵⁸ Ser man ombyttingen som en helt ny avtale om sikkerhetsrett mellom partene, vil man kunne si at disposisjonen i utgangspunktet skal kunne omstøtes i henhold til dekl § 5-7, da det i realiteten vil dreie seg om en sikkerhetsstillelse for eldre gjeld og at boet vil lide et tap. Avtalen om det nye pantobjektet mellom kreditor og debitor vil for så vidt anses som nyetablert. Men den gjelden debitor har, til for eksempel banken, vil være en gjeld som allerede er pådratt.

Ser man dette fra en annen vinkel vil man kunne se at det allerede foreligger en sikkerhetsstillelse og ombyttingen kan ses i sammenheng med denne. Dette vil kunne føre til at en ombytting av sikkerhetsobjektene vil være akseptabel, så langt den nye pantsikkerheten

⁵⁵ Jf Myhre (1992) s. 126

⁵⁶ Dommen handlet om anvendeligheten av den gamle konkursloven av 6. juni 1863 § 45 når det gjaldt "Ombytning af deposita for en vexeobligation". Ved ombyttingen fikk ikke kreditor større sikkerhet, men debitor fikk den eldre gjeldspost frigjort, så den kunne omgjøres til aktiva.

⁵⁷ Den etablerte praksis på dette området til kkl. 1863 § 45 skal ifølge konkursutvalget fortsatt gjelde i relasjon til den nye bestemmelsen i dekl § 5-7, jf NOU 1972:20 s. 294.

⁵⁸ Jf Huser (1992) s. 400 flg.

ikke forbedres gjennom avtalen.⁵⁹ Dette følger også av unntaket fra hovedregelen angående omstøtelsesadgangen. Disposisjonen vil da ikke medføre at den enkelte kreditor får en bedre stilling og boet vil heller ikke være interessert i å omstøte. Et tapsvilkår vil derfor i denne sammenheng være lite nødvendig, da det byr på små problemer å fastslå om boet har lidt et tap eller ikke.

Den sistnevnte vinklingen slik den er beskrevet ovenfor vil også kunne følge direkte av berikelsesregelen, jf dekl § 5-11 første ledd. Bestemmelsen forteller at dersom vilkårene for omstøtelse etter §§ 5-2 til 5-8 foreligger, kan boet kreve at den annen part fralegger seg den berikelse han har oppnådd ved den omstøtelige disposisjon. Hvis kreditor ikke har oppnådd noen forbedring av sin panterett ved den nye sikkerhetsstillelsen, vil han heller ikke være beriket. Foreligger det ingen berikelse for vil boet heller ikke være interessert i å omstøte, da det ikke vil være noe å tjene på omstøtelsen. Sammenligner man dette med om boet må lide et tap ved disposisjonen, vil man kunne si at så lenge den nye sikkerheten ikke gir bedre rett enn hva den gamle gjorde, vil boet heller ikke ha lidt noe økonomisk tap ved ombyttingen. Hvis det er klart at det ikke foreligger noe tap for boet, vil et tapsvilkår ikke være nødvendig å oppstille ved dekl § 5-7.

Hva hvis den nye pantsettelsen til kreditor er forbedret?

Det sentrale i forbedringsforbeholdet er det verdimessige. Skulle verdien av den nye sikkerheten overstige verdien av den gamle, vil sikkerheten forbedre kreditors dekningsmuligheter og dermed føre til at boet lider et tap.

Huser (1992) s. 403 snakker om en verdimessig differanseregulering på dette punkt, og konkluderer med at det kun er verdiøkningen som kan omstøtes ved ombytting av pant etter dekl § 5-7. Det vil si at den nye sikkerheten i seg selv ikke vil kunne omstøtes som helhet, men kun verdien mellom det gamle og den nye. Et eksempel kan være hvor kreditor har en såkalt underpant⁶⁰ på debtors bil. Senere vil kreditor, gjerne banken i dette tilfellet, øke pantets verdi og tar dermed pant i debtors bolig. Skulle boet ønske å omstøte denne sikkerheten vil omstøtelsens verdi være differansen mellom panteverdien av bilen og boligen. Dette stemmer for øvrig også godt med berikelsesregelen i § 5-11, da verdien vil være kreditors oppnådde berikelse ved ombyttingen.

⁵⁹ Jf, Huser (1992) s. 401-402.

⁶⁰ Underpant kan defineres som en type sikkerhet hvor pantobjektet fortsatt er i debtors rådighet.

Utgangspunktet for den videre drøftelse er at det allerede foreligger en sikkerhetsstillelse hvor den nye sikkerheten blir ansett som en forbedring.

Spørsmålet om boet lider et tap ved at sikkerheten forbedrer seg har vært oppe hos høyesterett. Løsningen på situasjonen ble slått fast som tidligere nevnt i Rt. 1899 s.817, hvor det var flere ombytninger av pantesikkerheten, men panteobjektet var i realiteten hele tiden kull. I byrettsdommen som Høyesterett ” i det væsentlige kunne tiltræde” sies det at ” det er paa det rene at sikkerheden ikke blev bedre ved ombytningen, at der altsaa i denne ikke laa nogen begunstivelse for kreditor”. Det ser ut som om at Høyesterett ved disse tilfellene legger vekt på om den nye sikkerheten ble bedre ved ombyttingen, og det virker også som at retten legger dette til grunn som et vilkår ved ombytting av sikkerhet etter dekl § 5-7. Bakgrunnen for at retten velger å legge vekt på om sikkerheten ble bedret ved ombyttingen, må være at de vil unngå at en eller enkelte kreditorer blir begunstiget de øvrige bekostning. I følge rettens uttalelser ser det ut til at boet må lide et tap for å kunne omstøte, men de sier det ikke uttrykkelig.

Et eksempel som tar for seg forbedringsforbeholdet er tilfellet hvor kreditor har to forskjellige sikrede krav mot en og samme debitor. Det typiske tilfellet på den private siden vil være hvor debitor har et huslån og et billån til samme kreditor. Ved en virksomhet kan det tenkes at banken har pant for to forskjellige sikrede krav i virksomhetens faste eiendom og deres varelager og utestående fordringer. Hvis det ene kravet forbedres gjennom ombyttingen, mens det andre kravet reduseres tilsvarende, vil det være vanskelig å hevde at kreditor har oppnådd noen form for berikelse, eller blitt forfordelt på de øvrige kreditorenes bekostning. Boet vil da heller ikke lide noe tap ved disposisjonen, da debtors aktivastiling ikke endrer seg som følge av ombyttingen. Dette forutsetter selvfølgelig at kravene forbedres og reduseres like mye. I slike tilfeller vil det ikke være aktuelt for boet å omstøte ombyttingen, da de ikke vil se seg tjent med det.

Det kan i midlertidig tenkes samme eksempel, men hvor det ene sikrede kravet forbedres mer enn det andre kravet reduseres. Her vil kreditor klart bli beriket i forhold til berikelsesreglen i dekl § 5-11, da sikkerheten vil bli mer verdt enn hva den var tidligere. Boet vil dermed lide et tap tilsvarende differansen mellom verdiene av kravene.⁶¹

⁶¹ I dette tilfellet legges det også til grunn at kravenes pålydende sum var den samme før ombyttingen.

Motsatt kunne også tilfellet være slik at verdien av den nye sikkerheten er mindre enn den gamle. Da vil kreditor tape gjennom den nye sikkerheten, som igjen vil tilføre boet nye midler og føre til at de tjener på sikkerhetsstillelsen.⁶²

Oppsummering og konklusjon:

I Rt. 1899 s. 817 legger retten til grunn at den nye sikkerheten må forbedres for at pantsettelsen skal kunne omstøtes etter dekl § 5-7 første ledd. Retten ser ut til å forutsette at boet må lide et tap for at disposisjonen i hele tatt skal kunne omstøtes etter § 5-7. Det blir likevel ikke uttrykkelig sagt i dommen at boet må lide et tap. Typetilfellene ovenfor viser at boet i de fleste tilfeller hvor det stilles sikkerhet for eldre gjeld, klart vil lide et tap. I de tilfeller hvor boet ikke lider noe tap, vil det heller ikke se seg tjent med å omstøte. Å ta stilling til om boet må lide et tap for å kunne omstøte en sikkerhetsstillelse for en eldre gjeldspost, burde det da ikke være nødvendig å ta stilling til.

5.2 Vil boet lide et tap hvor sikkerhetsstillelsen kommer av en gjenytelse fra kreditor.

I de tilfeller hvor debitor stiller sikkerhet for en eldre gjeldspost kan det tenkes at sikkerhetsstillelsen motsvares av en gjenytelse fra kreditor.

Problemstillingen videre er da om slike motytelser kan begrunne spørsmålet om boet må lide noe tap for å omstøte sikkerheten etter dekl § 5-7.

I de situasjoner hvor kreditor for eksempel yter et nytt lån i forbindelse med pantsettelsen, er gjeldende rett slik at sikkerheten bare kan angripes hvis den også har som formål å tjene som sikkerhet for den eldre gjeldspost, jf Rt. 1958 s. 1181.⁶³

Et eksempel som kan belyse de tilfeller hvor debitor stiller sikkerhet for en eldre gjeldspost, er hvor gjenytelsen kreditor foretar vil være en nedsettelse av rentesatsen på lånet eller en form for nedskrivning av den eldre lånegjelden. Hvis pantsettelsen i det sistnevnte eksempel vurderes kun ut ifra selve pantsettelsen og ikke legger vekt på den motytelse kreditor foretar, vil man kunne si at boet lider et tap som tilsvarer differansen mellom pantets verdi og det boet kunne krevd via dividende. Ser man pantsettelsen og nedsettelsen av rentesatsen eller

⁶² Det er lite sannsynlig at kreditor går med på en slik avtale som setter han i en dårligere posisjon enn han tidligere hadde, da en slik sikkerhet vil være til skade for han selv.

⁶³ Dommen handlet om tilfellet hvor det avtales at et pant som stiftes for en samtidig stiftet gjeldsforpliktelse også skal hefte for eldre gjeld. Da banken hadde godtgjort at de bevilgede 5.000 kroner ifølge et gjeldsbrevlån måtte ansees som nystiftet gjeld ved eller etter pantsettelsen, ble banken i tvist med debtors konkursbo kjent panteberettiget i de verdipapirer som debitor hadde deponert da lånebeløpet ble stillet til hans rådighet.

nedskrivning av gjelden i sammenheng, vil man kunne hevde at dette kommer boet til gode, da debtors stilling vil bli bedret. Men boet vil fortsatt i de fleste tilfeller lide et tap ved at sikkerheten blir stilt, da denne ofte er mer verdt enn den gjenytelse kreditor kommer med.

Man må ut ifra dette kunne konstatere at sikkerhetsstillelsen fortsatt i de fleste tilfeller vil innebære et tap for boet, i og med at kreditors motytelser ikke vil oppveie for de ytelser debitor har foretatt.

Kan det tenkes situasjoner som likevel medfører at boet ikke vil lide tap ved sikkerhetsstillelsen og som samtidig rammes av dekl § 5-7?

Det kan tenkes situasjoner som sett i et lengre tidsperspektiv medfører at sikkerheten i form av pantsettelse for den eldre gjeldspost, ikke vil medføre noe tap for boet i det hele tatt. I forhold til bedrifter, hvor deres eneste mulighet for å unngå en konkurs er at banken som hovedkreditor ser seg villig til å forlenge ytelsen av lånet. Selv om denne forlengelsen skjer ved at debitor yter sikkerhet for en eldre gjeldspost, behøver ikke disposisjonen medføre at boet lider et tap som følge av den.

Forlengelsen av lånet kan kanskje medføre at bedriften klarer å stabilisere seg og oppnå en positiv økonomisk balanse.

Dette vil da igjen medføre at det skapes videre inntekter for de øvrige kreditorer.⁶⁴ I disse tilfellene må det kunne konstateres at dersom kreditors motytelser fører til en bedring i debitor økonomiske stilling, slik at transaksjonen vil være til fordel på boet, vil sikkerhetsstillelsen vanskelig kunne tenkes å være illojal eller ha et utilbørlig preg. Men på den annen side vil forlengelsen av lånet også kunne føre til at bedriftens fortsatt drift resulterer i at gjeldsbyrden forverres ytterligere, som klart vil være til skade for de øvrige kreditorer.

Oppsummering og konklusjon:

Tapsvilkåret vil heller ikke ved dette typetilfellet få noen stor betydning for omstøtelsesoppgjøret etter dekl § 5-7. I de tilfeller hvor kreditor yter et nytt lån i forbindelse med pantsettelsen, kan sikkerheten bare angripes hvis den har som formål å tjene som sikkerhet for den eldre gjeldspost. Hvis kreditor yter et nytt lån i forbindelse med pantsettelsen, vil det som oftest være nettopp fordi sikkerheten skal omfatte den eldre

⁶⁴ Myhre (1992) s. 129 kaller slike sikkerhetsstillelser som har dette som formål for verdiskapende disposisjoner.

gjeldspost. I de fleste tilfeller hvor sikkerhetsstillelsen kommer fra en gjenytelse fra debitor for å få sikkerhet for den eldre gjelden, vil verdien mellom gjenytelsen og sikkerheten være stor. Det er da klart at boet vil lide et tap som følge av den nye sikkerheten, og spørsmål om boet må lide et tap vil det derfor være lite nødvendig å ta stilling til.

6. Avslutning.

Slik som vi har sett ved denne oppgaven får spørsmålet om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler, relativt liten betydning for typetilfellene som forekommer etter dekl §§ 5-5, 5-6 og 5-7. Det vil som tidligere nevnt være ganske sikkert at boet enten vil lide et tap ved de omstøtelsesverdige disposisjoner som kommer til uttrykk som omstøtelsesvilkår gjennom dekl kap. 5, eller ikke. Skulle tilfellet være at det ved en betaling fra debitor ikke foreligger noe tap for boets del, vil det som regel heller ikke være interessert i å omstøte betalingen da det ikke vil være noe å tjene. Et tapsvilkår vil dermed ikke ha noen særlig betydning for selve adgangen til å omstøte. Dessuten er det klart at et slikt vilkår vil unødvendig komplisere omstøtelsesreglene, men at det også kan forsvares gjennom formålene og hensynene bak reglene, slik det er vist ved pkt. 3.1.1

Da Falkangerutvalget kom med en etterkontroll av konkurslovgivningen hvor det ville innføre et generelt tapsvilkår i dekl § 5-1 annet ledd, må det kunne sies at departementet gjorde rett i og ikke ta det til følge. Utvalget ville i hovedsak lovfeste vilkåret på grunn av at det var uklart om gjeldende rett inneholdt et, og at det ville være urimelig om boet kunne omstøte disposisjoner hvor det ikke hadde lidt noe tap. I forhold til at det var uklart om gjeldende rett inneholdt et tapsvilkår, kunne utvalget konkludert med at det ikke gjelder et slikt vilkår. Når utvalget legger til grunn at det ville være urimelig om boet kunne omstøte hvor det ikke lider et tap, har besvarelsen gjort rede for at boet sjelden vil omstøte i slike tilfeller. Spørsmålet om boet må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler burde det da ikke være nødvendig å ta stilling til.

Konklusjonen er dermed at boet etter gjeldende rett ikke må lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler og det er heller ikke nødvendig å lovfeste et slikt vilkår.

7. Litteraturliste.

7.1 Lover.

- 1939 Lov om gjeldsbrev (gjeldsbrevlova) av 17. februar 1939 nr. 1
- 1980 Lov om pant (panteloven) av 8. februar 1980 nr. 2
- 1984 Lov om fordringshaverens dekningsrett (dekningsloven) av 8. juni 1984 nr. 59
- 1984 Lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr. 58

7.2 Forarbeider.

- Ot.prp.nr.26 (1998-1999) Lov og endring i konkurs og pantelovgivningingen.
- NOU 1972:20 Gjeldsforhandling og konkurs.
- NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v

7.3 Dommer.

- Rt 1899 s. 817
- Rt 1986 s. 681
- Rt 1995 s. 222 (Direkte reklame)
- Rt 1996 s. 1647 (Aksel Bruvik As)
- Rt 2001 s. 1136 (Kjells markiser)

7.3.1 Underrettsdommer.

- RG 1971 s. 402 (Eidsivating)
- RG 1989 s. 133 (Eidsivating)

7.4 Bøker.

- Andenæs, Mads H *Konkurs* Oslo, 1999.
- Huser, Kristian *Gjeldsforhandling og konkurs*. Bind 3: *Omstøtelse*. Bergen, 1992
- Getz, Bernhard *Juridiske afhandlinger*, utgitt av Francis Hagerup. Kristiania, 1903

7.5 Artikler.

- Myhre, Reidar. Må boet lide et tap for å kunne omstøte etter de objektive omstøtelsesregler? I: Tidsskrift for rettsvitenskap. Årg. 1992, s. 84-151.
- Johansen, Johnny. Innføringen av et generelt tapsvilkår ved omstøtelse. I: Lov og rett. 1996, s. 233-243.